

OM UNNTAKET FRA FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER FOR VISSE FOU-KONTRAKTER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 611
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 17 361 ord

16.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avgrensning av oppgaven	1
1.2	Rettskilder og tolkningsspørsmål	1
1.2.1	Norske rettskilder	2
1.2.1.1	Forarbeider og etterarbeider	2
1.2.1.2	Domstolskontroll og klagenemd	4
1.2.2	Rettskilder og tolkingsprinsipper fra EU og EØS	5
1.2.2.1	Forholdet til EØS-avtalen	5
1.2.2.2	EUs rettskilder	6
1.2.2.3	Tolkingsregler for EU-regelverket	7
1.2.2.4	Rettspraksis i EU	8
1.2.2.5	ESA og EFTA-domstolen	9
1.2.2.6	Rettskilder og tolkingsprinsipper fra WTO	11
<u>2</u>	<u>HOVEDPRINSIPPENE I DET NORSKE ANSKAFFELSESREGELVERKET</u>	<u>12</u>
2.1	Kort om anskaffelsesreglene	12
2.2	Hvem regelverket gjelder for	14
2.3	Hvilke anskaffelser som er omfattet av regelverket	16
<u>3</u>	<u>UNNTAK FRA ANSKAFFELSESREGLENE</u>	<u>16</u>
3.1	Unntakene i anskaffelsesforskriften § 1-3	16
3.2	Spesielt om sammensatte kontrakter	17
<u>4</u>	<u>SÆRSKILT OM FOU-KONTRAKTER</u>	<u>19</u>
4.1	Historikk	19
4.2	Formålet med unntaksbestemmelsen	19

4.3	Definisjon av en FOU-kontrakt	20
4.3.1	Kontraktsbegrepet	20
4.3.2	Begrepene forskning og utvikling	22
4.4	Hvem kan inngå FOU-kontrakter?	23
4.5	Avgrensning av unntaket fra anskaffelsesforskriften	24
4.5.1	Vilkår 1: Kontrakten må være en tjenestekontrakt	24
4.5.2	Alternativt vilkår 2 a): Oppdragsgiver betaler ikke fullt ut for tjenesten	25
4.5.3	Alternativt vilkår 2 b): Tjenesten tilfaller ikke oppdragsgiver fullt ut	27
5	<u>DRØFTING</u>	28
5.1	Konsekvenser av at en FOU-kontrakt er unntatt anskaffelsesforskriften	28
5.2	Nærmere om kravene i offanskl. § 5	31
5.2.1	God forretningsskikk	32
5.2.2	Høy forretningsetisk standard	33
5.2.3	Forbud mot forskjellsbehandling	34
5.2.4	Konkurranse så langt det er mulig	35
5.2.5	Forutberegnelighet	36
5.2.6	Gjennomsiktighet	37
5.2.7	Etterprøvnbarhet	38
5.2.8	Utvelgelse basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier	39
5.3	Nærmere om kravene i offanskl. § 6	41
5.3.1	Livssyklus kostnader	41
5.3.2	Universell utforming	42
5.3.3	Miljømessige konsekvenser	43
5.4	Hvilke regler som gjelder for FOU-kontrakter som kan unntas anskaffelsesforskriften	44
5.4.1	Skriftlighet	44
5.4.2	Offentlighet, taushetsplikt og habilitet	45
5.4.3	Anskaffelsesprosedyre	46
5.4.4	Konkurransegrunnlag	47
5.4.5	Frister	48
5.4.6	Kunngjøring	48
5.4.7	Evaluerings av tilbud og valg av leverandør	49
5.4.8	Avvisning av leverandør	51

5.4.9	Oppdragsgivers begrunnelsesplikt	52
5.4.10	Klagebehandling	52
5.4.11	Andre krav	52
5.5	Forholdet til annet regelverk, herunder forvaltningsloven og offentleglova	53
5.6	Forholdet til statsstøttreglene	55
5.7	FOU-kontrakter som ikke omfattes av unntaksbestemmelsen	57
5.8	Avtaler om rådgivning, utredninger og kartlegging	58
5.9	Konsekvenser av at unntaksregelen for FOU-kontrakter benyttes uten hjemmel	59
5.10	Fordeler og ulemper med unntaksregelen i § 1-3 (2) bokstav g	62
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING/KONKLUSJON</u>	<u>64</u>
<u>7</u>	<u>FORKORTELSER</u>	<u>66</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>
7.1	Litteratur	67
7.2	Lover, forskrifter og forarbeider	68
7.2.1	Lover	68
7.2.2	Forskrifter	69
7.2.3	Internasjonale avtaler	69
7.2.4	EU-direktiver	70
7.2.5	Forarbeider	70
7.3	Domsregister	71
7.3.1	Rettsavgjørelser	71
7.3.2	EU-domstolen	71
7.4	Klagenemda for offentlige anskaffelser	72

1 Innledning

1.1 Avgrensning av oppgaven

Denne oppgaven tar for seg unntaket fra forskrift 7. juli 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) for visse forsknings- og utviklingskontrakter (FOU-kontrakter). Unntaksbestemmelsen finnes i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g. For å sette bestemmelsen i sammenheng med regelverket for øvrig, vil jeg først gjennomgå grunnprinsippene for offentlige anskaffelser og aktuelle rettskilder. Deretter vil jeg undersøke hvilke kontrakter unntaksbestemmelsen får anvendelse på, og hvilke konsekvenser unntaksregelen får for anskaffelsesprosessen. Oppgaven avgrenses mot regelverket for statsstøtte og offentlig forvaltning. Jeg vil derfor ikke gå detaljert inn på statsstøtte- og forvaltningsreglene, men trekke frem noen relevante momenter under drøftingen av unntaksbestemmelsen.

1.2 Rettskilder og tolkningsspørsmål

Det rettslige grunnlaget for anskaffelsesregelverket er EØS-avtalen av 2. mai 1992, artikkel 65 og vedlegg XVI, samt WTO-avtalen av 15. april 1994 om offentlige innkjøp.

EØS-avtalen ble implementert ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). Avtalen inneholder blant annet forpliktelser om at det norske regelverket om offentlige anskaffelser skal være i tråd med EUs lovgivning på dette området. Gjennom anskaffelsesregelverket er EU-direktivene for offentlige anskaffelser gjennomført i norsk lov. Reglene er nedfelt i lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (offanskl.).

Dette innebærer at det i tillegg til de norske rettskildene, også må tas hensyn til rettskildene i EU og EØS ved fortolkning av regelverket.¹ I tillegg kommer folkerettslige regler for tolking av traktater inn i bildet, ettersom EØS-avtalen og WTO-avtalen er internasjonale avtaler inngått mellom flere stater.

1.2.1 Norske rettskilder

Offanskl. trådte i kraft 1. juli 2001. Den er senere endret flere ganger, siste gang ved lov 21. desember 2007 nr. 121. Anskaffelsesregelverket er for en stor del forskriftsbasert. Også de tilhørende forskriftene har blitt endret flere ganger. Den praktisk viktigste forskriften for de fleste anskaffelser er anskaffelsesforskriften, som trådte i kraft 1. januar 2007. Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) regulerer offentlige anskaffelser innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. På grunn av forsyningsforskriftens begrensede anvendelsesområde, vil jeg i det videre ikke gå nærmere inn på bestemmelser gitt i denne forskriften.

1.2.1.1 Forarbeider og etterarbeider

I Norge har forarbeidene tradisjonelt sett hatt stor betydning som lovtolkingsdokumenter. Det er særlig uttalelser om formålet og meningen med de foreslåtte bestemmelsene som kan tillegges vekt.² Dette skyldes at man gjennom forarbeidene kan få en bredere forståelse av hva som var lovgivers vilje med bestemmelser som kan synes uklare.

Det står lite om det aktuelle unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g i forarbeidene. Bakgrunnen for bestemmelsen og tolking av dennes rekkevidde er derfor først og fremst å finne i etterarbeider, som Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser, tolkingsuttalelser fra departementene,

¹ Dragsten (2005) s. 37

² Eckhoff (2001) s. 70

samt juridisk teori. I etterarbeidene tolkes bestemmelsene ut fra ordlyd og sammenheng, antakelser om hva lovgiver kan ha hatt til hensikt å regulere, samt etterfølgende forvaltnings- og rettspraksis. Slike dokumenter er som regel ikke utarbeidet av lovgiver, og vil derfor ikke nødvendigvis være en korrekt gjengivelse av lovgivers vilje. Imidlertid kan etterarbeidene sette regelverket i sammenheng med tilgrensede lovområder. De kan også bidra til å vise hvordan bestemmelsene fungerer i praksis, samt belyse hvordan rettspraksis kan ha utviklet og endret forståelsen av reglenes innhold og rekkevidde.

Etterfølgende lovgiveruttalelser står i en særstilling blant etterarbeidene. Slike uttalelser kan i blant tillegges stor vekt fordi de vil være med på å utdype og klargjøre hva som var meningen med en bestemmelse. I tillegg kan en etterfølgende uttalelse bli tillagt selvstendig betydning.³ Det kan for eksempel ha kommet til nye momenter som aktualiserer bestemmelsen på en annen måte enn det som fremgår av forarbeidene. Imidlertid vil ikke Høyesterett kunne godta en lovendring med tilbakevirkende kraft gjennom en etterfølgende lovgiveruttalelse.⁴ Hvor stor betydning en slik uttalelse får, vil derfor kunne variere.

Når forskriftsmyndigheten er delegert til et departement, vil departementets forståelse av forskriftsbestemmelsenes rekkevidde være av relativt stor betydning. Imidlertid kan departementets etterfølgende tolkingsuttalelser overprøves av domstolene, på samme måte som for etterfølgende lovuttalelser. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser fra 2006 er en oppdatering av tidligere veileder fra Nærings- og handelsdepartementet. Den nye veilederen kom ut i forkant av at gjeldende anskaffelsesforskrift trådte i kraft i 2007. Veilederen gir en fylldig problematisering av utvalgte bestemmelser, og kan således være en hjelp til å forstå regelverket. Departementet understreker i innledningen at tolkingsmyndigheten tilligger domstolene, og at veilederen derfor er ment å være rådgivende.⁵ I mangel på andre rettskilder, har veilederen likevel betydning for hvordan anskaffelsesforskriften skal

³ Eckhoff (2001) s. 95

⁴ Eckhoff (2001) s. 97

⁵ FAD (2006) s. 11

forstås og brukes. Den er derfor benyttet for å forklare og eksemplifisere bruk og konsekvenser av den aktuelle unntaksregelen i denne oppgaven.

1.2.1.2 Domstolskontroll og klagenemd

Disposisjoner som er omfattet av offanskl. og tilhørende forskrifter kan prøves av tingretten i første instans. Retten kan som hovedregel tilsidesette beslutninger før kontrakten er inngått, jfr. offanskl. § 7. Med implementeringen av EUs nye håndhevelsesdirektivdirektiv, 2007/66/EF, blir håndhevelsesbestemmelsene i offanskl. mer detaljerte. Lovendringene ble vedtatt av Stortinget 27. mars 2012, men har enda ikke trådt i kraft.⁶

Det er også opprettet et rådgivende tvisteløsningsorgan, Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFAs virksomhet er regulert av forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser, med ikrafttredelse 1. januar 2003. Regjeringen oppnevner ti personer som skal sitte i nemda. Konkurransetilsynet har ansvar for sekretariatet. Sakene klagenemda behandler blir lagt ut på KOFAs hjemmesider, www.kofa.no. Det blir også utgitt årsrapporter.

KOFA har til nå hatt to hovedoppgaver, jfr. forskriftens § 1: Den ene er å bidra til tvisteløsning i anskaffelsessaker. Den andre er å fatte vedtak om overtredelsesgebyr dersom det forsettlig eller grovt uaktsomt er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jfr. offanskl. § 7 første ledd. Ved lovendring vedtatt av Stortinget 27. mars 2012 mistet imidlertid KOFA muligheten til å ilegge overtredelsesgebyr. Når endringsloven trer i kraft, er det kun domstolene som vil kunne håndheve anskaffelsesreglene, herunder å ilegge overtredelsesgebyr.⁷

De fleste av KOFAs avgjørelser er kun rådgivende, og har derfor begrenset rettskildemessig betydning. Domstolene har i enkelte saker understreket dette. Det har likevel vist seg over tid at klagenemdas praksis blir vektlagt av retten. Det store

⁶ Lovvedtak 46 (2011–2012)

⁷ Prop. 12 L (2011-2012) s. 6-7

tilfanget av saker viser at klagenemdsfunksjonen brukes hyppig. Dette styrker KOFA's stilling som tolkingsmyndighet. KOFA har under sin behandling ofte referert til tidligere saker. Ensrettet praksis gir forutsigbarhet, og vil derfor bidra til en felles forståelse av regelverket blant virksomhetene.

Det er relativt få saker som er ført for domstolene. Et søk på www.lovdata.no viser at 71 saker vedrørende offanskl. er behandlet av lagmannsrettene og 12 er behandlet av Høyesterett per 22.03.2012. Dette kan sannsynligvis skyldes den store oppslutningen om KOFA som tvisteløsningsorgan.

1.2.2 Rettskilder og tolkingsprinsipper fra EU og EØS

1.2.2.1 Forholdet til EØS-avtalen

EØS-avtalen fastslår at det skal være fritt varebytte (del II), samt fri bevegelighet av personer, tjenester og kapital (del III). Prinsippet om disse såkalte fire friheter er helt grunnleggende for EUs indre marked. I EØS skal transaksjoner og forflytninger av varer, personer, tjenester og kapital følge de samme reglene, uavhengig av landegrenser. Dette innebærer at EØS-medlemmene ikke kan innføre handelshindre eller andre tiltak som kan skape begrensninger for markedsdeltakelse. Det er imidlertid anledning til å fravike prinsippet av nasjonale sikkerhetshensyn, jfr. EØS-avtalen artikkel 123.

Rettsakter om offentlige anskaffelser finnes i EØS-avtalens vedlegg XVI, jf. EØS-avtalen art. 65. Disse reglene er en operasjonalisering av de generelle reglene om de fire friheter.⁸ Et stort antall direktiver og forordninger er inntatt i norsk lovgivning i medhold av EØS-avtalen. Sekundærlovgivningen kan imidlertid ikke tas ut av sin sammenheng og leses isolert. Bestemmelser i enkeltstående direktiver og forordninger må derfor suppleres med det som følger av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.⁹ Dette vil også gjelde for anskaffelsesregelverket.

⁸ EØS-rett (2004) s. 624

⁹ EØS-rett (2004) s. 631

Anskaffelsesreglene skal i all hovedsak ivareta fire av EUs grunnleggende prinsipper; publisitet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Publikasjonskravet skal sikre at potensielle leverandører får kunnskap om at myndighetene etterspør varer eller tjenester. Videre skal anskaffelsesreglene sikre at det ikke lages spesifikasjoner som urettmessig utelukker noen leverandører fra oppdraget. Regelverket skal også begrense myndighetenes mulighet til å vektlegge andre hensyn enn dem som er knyttet til selve leveransen, samt å ha mulighet til å undersøke om reglene følges.¹⁰

EØS-avtalens hovedmålsetning om ensartede regler for hele EØS-området er et grunnleggende prinsipp for tolking av EØS-avtalen og sekundærlovgivningen.¹¹ Det er helt avgjørende for det indre markedets funksjon at alle land følger de samme reglene. EØS-medlemmene har derfor forpliktet seg til å implementere fellesskapsretten i sitt eget regelverk. Dermed må kolliderende nasjonale regler i prinsippet vike. I tilfeller der det nasjonale regelverket er uklart eller tilsynelatende annerledes enn EØS-regelverket, skal det dessuten antas at de nasjonale bestemmelsene var ment å være harmonisert med fellesskapsreglene. Det at EØS-reglene dermed i prinsippet har en automatisk forrang fremfor nasjonale regler, skiller EØS-avtalen fra andre internasjonale avtaler. I annen folkerett vil implementering av traktatens innhold også være en del av avtalen, men det kan ikke innfortolkes harmonisering med avtaleteksten der nasjonal lovgiver har unnlatt å endre sitt regelverk.

1.2.2.2 EUs rettskilder

EUs anskaffelsesdirektiver ligger til grunn for det norske anskaffelsesregelverket. De praktisk viktigste direktivene er 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor) og 89/665 EØF (håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor). EUs nye håndhevelsesdirektiv, 2007/66/EF, vil gjennomføres i norsk rett ved endringer i offanskl.¹²

¹⁰ EØS-rett (2004) s. 624

¹¹ EØS-avtalens. art 1 og fortalens pkt 16

¹² Prop. 12 L (2011-2012) s. 90

Det legges liten vekt på forarbeider i EU-retten.¹³ Dette skyldes for det første at rettssystemet i EU er basert på andre tradisjoner enn det norske med hensyn til verdien av forarbeider. For det andre er regelverket i større grad enn i Norge fremkommet etter forutgående forhandlinger. Forarbeidene kan likevel få en viss betydning for tolking av regelverket, der EU-domstolen finner det hensiktsmessig. Det har vist seg at EU-domstolen de siste årene i økende grad har støttet seg til forarbeider.¹⁴

Det finnes også veiledninger til EU-direktivene på anskaffelsesområdet.¹⁵ Disse har begrenset rettskildemessig betydning av de samme hensyn som for de norske etterarbeidene. Ettersom det er EU-kommisjonen som har utarbeidet veilederne, er det dessuten ikke gitt at tolkingen av bestemmelsene vil være i samsvar med EU-domstolens syn. EU-kommisjonen har ikke myndighet verken til utferdigelse av direktivene eller tolking av regelverkets rekkevidde. Dermed kan en slik veileder anses for å ha enda mindre rettskildemessig betydning enn den norske.

1.2.2.3 Tolgingsregler for EU-regelverket

Tolking av EØS-avtalen med tilhørende protokoller følger folkerettslige regler, først og fremst Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Toltingsreglene i Wienkonvensjonen er bindende for Norge, selv om vi ikke har ratifisert konvensjonen. Dette skyldes at reglene regnes for å være internasjonal sedvanerett. I følge Wienkonvensjonen er de viktigste forhold ved tolking av en traktatbestemmelse ordlyden, formålet med traktaten og sammenhengen bestemmelsen fremkommer i.¹⁶ Innholdet i begreper er underlagt EØS-avtalens definisjoner dersom det ikke er eksplisitte holdepunkter for noe annet.¹⁷

¹³ Dragsten (2005) s. 51

¹⁴ EØS-rett (2004) s. 213

¹⁵ Dragsten (2005) s. 32

¹⁶ EØS-rett (2004) s. 205

¹⁷ EØS-rett (2004) s. 207

I motsetning til det norske regelverket, er EU-direktivene utstyrt med en fortale. Denne har begrenset rettskildemessig betydning, men kan være et støttende element i fortolkningen av regelverket.¹⁸ Fortalen kan gi holdepunkter for lovgivers målsetning, avgrensning av direktivets virkeområde, samt sette bestemmelsene i sammenheng med hverandre og det øvrige regelverket.

1.2.2.4 Rettspraksis i EU

Det er EU-domstolen som har suveren myndighet til å tolke EU-regelverket.¹⁹ Medlemsstatenes domstoler kan be EU-domstolen om å komme med en tolkingsuttalelse når de har en sak gående nasjonalt.²⁰ Norge er ikke underlagt EU-domstolen. Gjennomføringen av EØS-regelverket i norsk rett vil likevel ikke være upåvirket av denne. I henhold til EØS-avtalen art 6 og ODA-avtalen av 2. mai 1992, art 3 (1) skal bestemmelser der det materielle innholdet tilsvarer EUs regler, fortolkes i samsvar med EU-domstolens rettspraksis.

EU-domstolen legger vekt på likebehandling og gjennomsiktighet, jfr. sak C-599/10, premiss 25. Dette skal sikre borgernes rettigheter og verne dem mot utilbørlig maktbruk. Andre viktige faktorer er gjensidig anerkjennelse, proporsjonalitetsprinsippet og allmenne hensyn.²¹ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at mål og midler skal stå i forhold til hverandre. Vekten på allmenne hensyn kommer hovedsakelig til anvendelse på forståelsen av unntaksbestemmelser. Relevante allmenne hensyn er beskyttelse av helse, forbrukerrettigheter og miljøet.²²

EU-domstolen har uttalt at unntaksbestemmelser skal tolkes restriktivt, jfr. sak C-26/03, premiss 46. Dette er av betydning for hvordan unntaksreglene i anskaffelsesforskriften skal forstås. En sannsynlig konsekvens av dette standpunktet er at norske domstoler

¹⁸ Dragsten (2005) s. 32

¹⁹ Steiner (2009) s. 44

²⁰ Traktaten om den europeiske unions funksjonsområde art 267

²¹ Dragsten (2005) s. 59

²² Dragsten (2005) s. 45

ikke kan gi disse bestemmelsene videre betydning enn det som fremkommer av ordlyden.

1.2.2.5 ESA og EFTA-domstolen

Spesielt for EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein er EFTAs overvåkningsorgan, ESA, og EFTA-domstolen, som også har myndighet overfor statenes anvendelse av regelverket om offentlige anskaffelser. Disse organene er opprettet med hjemmel i ODA-avtalen, henholdsvis artikkel 4 og 27.

ESA er organisert som et kollegium med ett medlem fra hver EFTA-stat, med et tilhørende forvaltningsapparat bestående av 61 personer.²³ ESAs oppgave er å kontrollere at EFTA-statene innfrir forpliktelsene i EØS-avtalen.²⁴ Kontrollen er omfattende, men ikke strengere enn EU-kommisjonens kontroll med EU-statene.²⁵

ESA er gitt særlige kontrollbeføyelser innenfor offentlige anskaffelser, jfr. ODA-avtalen artikkel 23 og protokoll 2. Dette innebærer at ESA kan ta opp en sak med angjeldende EFTA-stats myndigheter raskere enn ved ordinær kontrollvirksomhet.²⁶ Slik kan man få en avklaring før det inngås kontrakt mellom oppdragsgiver og leverandør. Ved mistanke om brudd på regelverket kan ESA kreve retting eller en begrunnet redegjørelse for regelbruddet med en frist på 21 dager. ESA kan imidlertid ikke stanse anskaffelsesprosessen.²⁷

En klagesak mellom ESA og norske myndigheter foregår i praksis gjennom korrespondanse mellom ESA og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. Det pågår mellom seks og ti slike granskinger til enhver tid. Dersom man ikke kommer frem til en løsning, kan ESA anlegge traktatbruddssøksmål mot Norge for EFTA-

²³ <http://www.eftasurv.int/about-the-authority/the-authority-at-a-glance/>

²⁴ EØS-rett (2004) s. 144

²⁵ EØS-rett (2004) s. 151

²⁶ EØS-rett (2004) s. 149

²⁷ Dragsten (2005) s. 40

domstolen, jfr. ODA-avtalen artikkel 31. Dette har foreløpig ikke forekommet på området for offentlige anskaffelser.²⁸

EFTA-domstolen har i henhold til ODA-avtalen artikkel 28, tre dommere. I praksis utnevnes det en dommer fra hver EFTA-stat.²⁹ Domstolen behandler traktatbruddssøksmål mot en EFTA-stat, jfr. ODA-avtalen artikkel 32. Den har videre myndighet til å behandle tvister mellom EFTA-statene, samt saker anlagt mot ESA eller av private, jfr. ODA-avtalen artikkel 31 og 36. Domstolen avsier også rådgivende uttalelser om tolking av EØS-avtalen, jfr ODA-avtalen artikkel 34. Disse uttalelsene er ikke bindende for nasjonale domstoler, slik EU-domstolens uttalelser om EU-regelverket er.³⁰ Dessuten har domstolen full domsmyndighet når det gjelder sanksjoner ilagt av ESA, jfr. ODA-avtalen artikkel 35.

EFTA-statenes løsning med ESA og EFTA-domstolen tilsvarende EU-Kommisjonens og EU-domstolens funksjoner overfor EU-statene. Hvert organ har sitt separate myndighetsområde. ESA og EFTA-domstolen må imidlertid forholde seg til EU-organenes praksis, slik at EFTA-statene ikke kommer i utakt med EU. Dermed vil EFTA-organene forsøke å følge EU-organenes kontrollvirksomhet og den dynamiske rettsutviklingen som foregår gjennom EU-domstolens praksis. Det betydelig større tilfanget av saker i EU tilsier også at EFTA-organene må skjele til EU-organene for å sørge for en helhetlig praksis.³¹ Ettersom det til nå ikke har vært ført traktatbruddssøksmål vedrørende offentlige anskaffelser for EFTA-domstolen, er domstolens rettspraksis på dette området ubetydelig som rettskilde. ESAs løpende kontrollvirksomhet har derimot større betydning, ettersom ESAs praksis i stor grad reflekterer det som skjer på anskaffelsesområdet i EU.

²⁸ NOU 2010: 2 s. 35

²⁹ EØS-rett (2004) s. 153

³⁰ Dragsten (2005) s. 42

³¹ EØS-rett (2004) s. 152 og 165

1.2.2.6 Rettskilder og tolkingsprinsipper fra WTO

Norge har ratifisert WTO-avtalen om offentlige innkjøp. Avtalen kom i stand for varekjøp i 1979, men er siden utvidet til også å gjelde for tjenester og bygge- og anleggsarbeider. I vedlegg til avtalen er virksomheter som omfattes av avtalen listet opp. Reglene for offentlige anskaffelser er stort sett sammenfallende med EUs regelverk, men avviker på enkelte områder. Blant annet er terskelverdiene for kjøp etter WTO-avtalen ikke helt sammenfallende med EØS-terskelverdiene. Det er tatt hensyn til disse nyansene i det norske anskaffelsesregelverket, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-2.

Tolking av WTO-avtalen følger folkerettslige prinsipper. Forarbeider har liten eller ingen betydning, ettersom de er fremkommet ved forhandlinger. Det er derfor selve avtaleteksten som er den sentrale rettskilde. Wienkonvensjonen artikkel 31 (1) oppsummerer de viktigste momenter ved tolking av en internasjonal avtale:

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Det er altså ordlyden, sammenhengen og formålet som skal vektlegges spesielt. For eldre avtaler må man forholde seg til ordenes betydning da avtalen ble undertegnet, dersom det ikke avtales særskilt at tolkingen av avtaleteksten skal være dynamisk.³²

Avgjørelser i internasjonale domstoler må også tillegges vekt ved tolking av internasjonale avtaler. Dette er sannsynligvis ikke noen særlig praktisk rettskilde for WTO-avtalen. Imidlertid kan avgjørelser gjort i forbindelse med WTOs behandling av konflikter mellom medlemsstater være viktig for tolking av avtaletekstens innhold og rekkevidde. En slik avgjørelse vil ha bred støtte blant medlemsstatene, og vil derfor gi en god pekepinn på hva som regnes for å være gjeldende rett.

I motsetning til hva tilfellet er for EØS-retten, har WTO-avtalen ikke forrang fremfor nasjonal rett. Dette prinsippet gjelder for nesten alle internasjonale avtaler. Dermed skal

³² Ruud (2006) s. 95-96

norsk rett anvendes dersom det er konflikt med den internasjonale avtalen.³³ Dette har sin bakgrunn i prinsippet om statenes suverenitet. Imidlertid kan norske myndigheter løse motstridsproblemer ved enten å innta avtalen i norsk rett, eller å anta at norsk rett samsvarer med folkeretten på det aktuelle området.

2 Hovedprinsippene i det norske anskaffelsesregelverket

2.1 Kort om anskaffelsesreglene

Formålet med offanskl. er økt verdiskapning gjennom effektiv bruk av offentlige midler. Dessuten skal reglene bidra til å sikre at allmennheten har tillit til at offentlige midler disponeres på en samfunnstjenlig måte, jfr. offanskl. § 1.

For øvrig er offanskl. i all hovedsak en fullmaktslov.³⁴ De detaljerte reglene for gjennomføring av anskaffelsen finnes, som tidligere nevnt, i forskriftsverket.

De grunnleggende kravene til offentlige anskaffelser finnes i offanskl. § 5. Det stilles for det første krav om god forretningsskikk, høy forretningsetisk standard i saksbehandlingen, samt forbud mot forskjellsbehandling av leverandører. Videre krever loven at anskaffelsen så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Oppdragsgiver er også pålagt å sikre forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet gjennom anskaffelsesprosessen. Til slutt er det oppstilt krav om at utvelgelsen av leverandører skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Dette er spesifisert ved at det er forbudt å diskriminere på grunnlag av nasjonalitet, bruke standarder og tekniske spesifikasjoner for å hindre konkurranse eller dele opp en planlagt anskaffelse for å unngå at visse anskaffelsesregler kommer til anvendelse.

³³ Ruud (2006) s. 54

³⁴ Dragsten (2005) s. 35

I tillegg kommer krav om at det skal tas hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av den enkelte anskaffelse i offanskl. § 6.

Videre inneholder offanskl. regler om søksmål, tvisteløsningsorgan og sanksjoner og erstatning. I tillegg er det inntatt en bestemmelse om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

I den første av anskaffelsesforskriftens fire deler angis generelle regler for alle kontrakter som omfattes av forskriften. Kontrakter som er unntatt reglene i anskaffelsesforskriften er beskrevet i § 1-3 (2) og (3). Disse vil jeg komme tilbake til nedenfor.

For anskaffelser som omfattes av forskriften, er kontraktene inndelt etter verdi og prioritet, jfr. anskaffelsesforskriften §§ 2-1 og 2-2. I tillegg finnes det særlige regler for visse typer kontrakter. Forskriftens utgangspunkt er EØS-terskelverdiene:

- Vare- og tjenestekontrakter: 1,6 millioner kroner eksklusive merverdiavgift
- Bygge- og anleggskontrakter: 40,5 millioner kroner eksklusive merverdiavgift

For statlige myndigheter er terskelverdien 1 million kroner eksklusive merverdiavgift for vare- og tjenestekontrakter, altså lavere enn for andre offentlige oppdragsgivere. Dette har sin bakgrunn i terskelverdien nedfelt i WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, vedlegg 1.

Hovedregelen er at dersom kontrakten antas å overskride terskelverdiene, skal reglene i anskaffelsesforskriften del III følges, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-1 (4). Prioriterte tjenester følger dette hovedmønsteret, mens uprioriterte tjenester som hovedregel følger bestemmelsene i del II uavhengig av verdi, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-1 (5). Dette skyldes at prioriterte tjenester anses for å ha mindre grenseoverskridende interesse enn uprioriterte tjenester.³⁵ For visse prioriterte tjenester, bl.a. FOU-tjenester som ikke er unntatt forskriften, er terskelverdien for statlige myndigheter lik den som gjelder for

³⁵ NOU 2010: 2 s. 123

andre oppdragsgivere, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-2 (2). Prioriterte og uprioriterte tjenester er opplistet i henholdsvis vedlegg 5 og 6 til anskaffelsesforskriften.

Anskaffelser under EØS-terskelverdiene faller inn under anskaffelsesforskriften del II. I tillegg til EØS-terskelverdiene er det opprettet en nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift. Anskaffelser som ikke overstiger denne verdien følger kun bestemmelsene i forskriftens del I.

2.2 Hvem regelverket gjelder for

Anskaffelsesregelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, jfr. offanskl. § 2. Rettssubjekter som driver innenfor forsyningssektorene kan også bli omfattet dersom dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av offanskl. Når det gjelder bygge- og anleggskontrakter, vil rettssubjekter omfattes av loven dersom det offentlige yter mer enn 50 % tilskudd til anskaffelsen.

Hva som omfattes av statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter vil som regel være klart. I NOU 1997:21 listet utvalget opp en rekke eksempler på virksomheter som ville være omfattet av dette:

”I henhold til § 2 nr 1 gjelder loven for det første for institusjoner og virksomheter som utgjør en organisatorisk del av den statlige, kommunale og fylkeskommunale forvaltning. Dette gjelder bl.a. departementer, direktorater, fylkesmenn, regional statsadministrasjon og kommunal og fylkeskommunal administrasjon. Videre vil offentlige tjenesteytende institusjoner som f eks skoler, universiteter og sykehus være omfattet. Det samme gjelder offentlige institusjoner og forvaltningsbedrifter som hovedsakelig driver forretnings- eller næringsvirksomhet uten å være selvstendige rettssubjekter.”³⁶

Offentligrettslige organer er nærmere definert i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2). Tre vilkår må oppfylles for at et organ skal regnes som offentligrettslig. For det første må

³⁶ s. 158

organet tjene allmennhetens behov, og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. Formålet med organets virksomhet må altså ikke primært være produksjons- eller markedsrettet. For det andre skal organet være et selvstendig rettssubjekt. Dette innebærer at organet kan opptre som juridisk person og ha rettigheter og plikter.³⁷ For det tredje skal organet være underlagt statlig, fylkeskommunal eller kommunal kontroll, eller være kontrollert av et annet offentligrettslig organ. Dette kan skje på tre alternative måter: 1) Organet kan være hovedsakelig finansiert av staten, fylkeskommunen eller kommunen, eller 2) forvaltningen av organet kan være underlagt disse organenes kontroll, eller 3) organet kan ha et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer. Det følger av bestemmelsens ordlyd at det ikke vil være krav om at mer enn ett av disse tre alternativene må foreligge for at kontrollkravet vil være oppfylt. Dette ble også understreket i KOFA-sak 2005/184, premiss 15.

Det kan være vanskelig å vurdere om en virksomhet er av industriell eller forretningsmessig karakter. EU-domstolen har blant annet lagt vekt på forhold ved virksomhetens oppstart, samt driftsbetingelser, målsetning og grad av økonomisk risiko som virksomheten har blitt pålagt.³⁸ EU-domstolen har uttalt at vilkåret om allmennytte uten industriell eller forretningsmessig karakter skal ha en vid fortolkning, jfr. sak C-373/00. I sakene C-223/99 og C-260/99 uttalte domstolen at det å stimulere handelen på en måte som kommer allmennheten til gode vil oppfylle vilkåret om allmennytte. I KOFA-sak 2005/185, premiss 17 uttalte klagenemda at det å stimulere til vekst og utvikling av næringsvirksomhet i en region, også vil falle innenfor.

Retten har kompetanse til å avgjøre om en virksomhet er omfattet av anskaffelsesregelverket, dersom dette ikke fremkommer tydelig av loven eller forskriften.

³⁷ Jusleksikon (2007) s. 160

³⁸ EØS-rett (2004) s. 626

2.3 Hvilke anskaffelser som er omfattet av regelverket

For virksomheter som er omfattet av loven, gjelder regelverket ved alle anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, jfr. offanskl. § 3. Dette ble utdypet nærmere i NOU 1997:21:

”Loven gjelder for alle typer av anskaffelser; anskaffelser av varer, tjenester samt bygge- og anleggsarbeider, uten hensyn til kontraktens verdi. Med anskaffelser menes kontrakter som inngås av oppdragsgivere om kjøp, leie eller leasing. Også kontrakter som bare innebærer en rett, men ingen plikt for oppdragsgiver til å foreta anskaffelser er omfattet.”³⁹

Offanskl. opererer med begrepet anskaffelse, mens anskaffelsesforskriften bruker ordet kontrakt. En anskaffelse må i denne sammenheng likestilles med en kontrakt, slik denne er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a⁴⁰. I KOFA-sak 2004/184 uttalte klagenemnda i premiss 32:

”Klagenemnda antar at lovens virkeområde er det samme som forskriftens, i alle fall så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet.”

3 Unntak fra anskaffelsesreglene

3.1 Unntakene i anskaffelsesforskriften § 1-3

Forskriften får som hovedregel anvendelse på alle offentlige kontrakter om varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider, jf. § 1-3 (1). Det er likevel flere unntak i § 1-3 (2) og (3). Unntakene i § 1-3 (2) gjelder visse typer kontrakter, mens unntakene i § 1-3 (3) omfatter kontrakter som reguleres av andre anskaffelsesregler og

³⁹ s. 159

⁴⁰ Dragsten (2005) s. 134

tildelt i samsvar med internasjonale avtaler⁴¹. Bestemmelsene kan gjenfinnes i EUs anskaffelsesdirektiver.

For det første er anskaffelser som er unntatt offanskl., også unntatt forskriften. Dessuten unntas kontrakter som er erklært hemmelige eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak. Videre er det gitt unntak for ervervs- eller leiekontrakter som omfatter jord, eksisterende bygninger og annen fast eiendom, samt visse kontrakter foretatt av kringkastingsselskaper. Også kontrakter om volds- og meklingstjenester, ansettelseskontrakter og visse kontrakter om finansielle tjenester unntas. Kontrakter om offentlige tjenestekjøp der leverandøren selv er offentlig oppdragsgiver og har enerett til å utføre tjenesten er unntatt. Det samme er kontrakter om offentlig telenett og teletjenester og tjenestekonsesjonskontrakter.

Unntaket i § 1-3 (2) bokstav g er det sentrale unntaket i denne oppgaven. Bestemmelsen omfatter FOU-tjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten, eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet. Ettersom oppgaven konsentrerer seg om dette unntaket, vil jeg ikke gå nærmere inn på de øvrige unntakene fra anskaffelsesforskriften. Konsekvensene av at en kontrakt er unntatt forskriften vil likevel kunne være samsvarende for mange av unntakene.

3.2 Spesielt om sammensatte kontrakter

For sammensatte kontrakter må hovedelementet omfattes av unntaket for at kontrakten skal kunne unntas fra forskriften. Det er imidlertid et krav at kontraktens elementer ikke naturlig kan skilles fra hverandre. Dette kommer klart frem av EU-domstolens avgjørelse i sak C-145/08. Domstolen uttaler følgende i premiss 48:

”Det fremgår af Domstolens praksis, at i tilfælde af en blandet kontrakt, hvor de forkellige dele i henhold til tilbudsbekendtgørelsen er uatskilligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, skal den omhandlede operation undersøges samlet i sin helhed med henblik på den retlige kvalifikation og skal vurderes på

⁴¹ Dragsten (2005) s. 384

grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten...”

Videre uttaler domstolen i premiss 49 at

”Denne konklusjon gjelder uafhængigt av spørsmålet om, hvorvidt den del, der udgør en blandet kontrakts hovedformål, henhører under anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne eller ej.”

Etter KOFA's oppfatning har oppdragsgivers egen klassifisering av kontrakten mindre betydning. Det er det reelle hovedelementet som er bestemmende for hvordan anskaffelsen klassifiseres, og dermed om en unntaksbestemmelse kommer til anvendelse, jfr. KOFA-sak 2009/230, premiss 65. Dette fremkommer også av EU-domstolen sak C-536/07, premiss 55, KOFA-sak 2007/124, premiss 36, og KOFA-sak 2008/39, premiss 71.

Situasjonen er imidlertid uavklart i tilfeller der man har med to elementer av tjenesteanskaffelser å gjøre, og den ene delen av kontrakten er omfattet av en unntaksregel. Forfatteren Sue Arrowsmith hevder i sin bok ”The law of public and utilities procurement” at målsetningen med unntaksregelen vil være bestemmende for om kontrakten i sin helhet vil være innenfor eller utenfor direktivets anskaffelsesprosedyrer.⁴² Der det av allmenne eller sikkerhetsmessige hensyn er viktig å unnta ett av elementene fra regelverket, vil derfor hele kontrakten falle utenfor. Der målsetningen er mer nøytral, vil verdiforholdet mellom elementene veie tyngst. Dersom verdien av elementet som er omfattet av direktivet overstiger terskelverdien, bør imidlertid hele anskaffelsen anses for å være omfattet.

Dette var problemstillingen i KOFA-sak 2009/230, som gjaldt en blandet kontrakt der ett element oppfylte kriteriene for unntaksregelen i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav b. Klagenemda mente imidlertid at elementenes verdi ikke kunne være det eneste kriteriet, men at også spørsmålet om kontrakten har et grenseoverskridende element vil være av betydning (premiss 71).

⁴² s. 320

En kontrakt der hovedelementet ikke egner seg for grenseoverskridende avtaler, kan derfor komme til å falle utenfor regelverket, uavhengig av hvor stor verdi de øvrige elementene har. Av dette kan man slutte at sammensatte kontrakter må vurderes individuelt, slik at de ulike hensyn veies mot hverandre.

I tilfeller der enkeltelementer i kontrakten kan skilles fra hverandre, kan det kreves at forskriftens anskaffelsesprosedyre skal følges for de elementene av anskaffelsen som faller inn under anskaffelsesregelverket.

4 Særskilt om FOU-kontrakter

4.1 Historikk

Anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) bokstav g er i sin ordlyd samsvarende med artikkel 16 bokstav f i EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor, 2004/18/EF. Det var også en tilsvarende avgrensning av regelverkets anvendelse mot kontrakter om visse FOU-tjenester i det tidligere tjenstedirektivet (92/50/EØF). I det norske regelverket er unntaksbestemmelsen videreført fra den tidligere forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp (EØS).

4.2 Formålet med unntaksbestemmelsen

FOU-kontraktene som omfattes av § 1-3 (2) bokstav g reguleres allerede av EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Det er derfor ikke hensiktsmessig å regulere disse i anskaffelsesregelverket.⁴³ Kontrakter om FOU-tjenester mellom offentlige oppdragsgivere og private virksomheter vil dessuten være annerledes enn en ordinær kjøpsavtale, ettersom det kreves mer samarbeid og innsatsvilje fra begge parter for å komme frem til det ønskede resultat. I veilederen til anskaffelsesforskriften betegnes en

⁴³ Dragsten (2005) s. 400

slik kontraktinngåelse som et partnerskaps- og investeringslignende forhold.⁴⁴ Det vil derfor være naturlig å benytte en annen fremgangsmåte ved utvikling og inngåelse av slike kontrakter.

Videre skal bestemmelsen ivareta samfunnsmessige hensyn. Det er antatt at en mindre rigid anskaffelsesprosess for FOU-tjenester kan bidra til å styrke vitenskapelige og teknologiske utvikling i EØS-området. I fortalet til EUs klassiske anskaffelsesdirektiv, 2004/18/EF, uttrykkes dette på følgende måte i fortalets 23. betraktning:

”I henhold til traktatens artikkel 163 udgør fremme af forskning og teknologisk udvikling et af midlerne til at styrke det videnskabelige og teknologiske grundlag for Fællesskabets industri, og den frie adgang til offentlige kontrakter bidrager til at nå dette mål. Samfinansiering af forskningsprogrammer bør ikke være omfattet af dette direktiv. Derfor gælder direktivet ikke for tjenesteydelseskontrakter om forskning og udvikling, bortset fra sådanne, hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, forudsat at tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed.”

4.3 Definisjon av en FOU-kontrakt

4.3.1 Kontraktsbegrepet

En kontrakt er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a som en

”gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører”

Dette innebærer for det første at avtalen må innebære plikter for alle partene, og for det andre et formkrav om skriftlighet. Definisjonskapitlet i anskaffelsesforskriften er ikke bindende for en FOU-kontrakt som er omfattet av unntaket i § 1-3 (2) bokstav g, men definisjonen gir likevel en nyttig pekepinn på hva som menes med en kontrakt. Slår man opp i en juridisk ordbok, vil definisjonen være tilsvarende, selv om man ikke alltid

⁴⁴ FAD (2006) s. 20

kan oppstille krav om skriftlighet.⁴⁵ Ordet kontrakt har samme betydning som en avtale. Avtaleloven inneholder ikke definisjoner av avtale- eller kontraktsbegrepet. Det fremgår imidlertid av lovteksten at en avtale kan være både skriftlig og muntlig.

Avtaleretten er i stor grad basert på ulovfestede rettsregler.⁴⁶ Ofte vil det derfor være måten en avtale har kommet i stand på som er bestemmende for om den vil være bindende. Likeledes vil partenes videre handlinger indikere om de anser en avtale for å være inngått. Man må derfor anse en kontrakt som inngått dersom partene fortsetter samarbeidet som om de skulle ha en bindende avtale, selv om det ikke foreligger noe skriftlig dokument. Dersom det for eksempel opprettes en forskningsgruppe bestående av representanter fra både oppdragsgiver og leverandør, vil dette være en klar indikasjon på at det er innledet et forpliktende samarbeid. I en slik situasjon vil oppdragsgiver i praksis favorisere en eller flere bestemte leverandører. Dermed vil ikke alle potensielle leverandører lenger behandles likt, og videre saksbehandling vil neppe kunne sies å være objektiv.

Det er mer usikkert hva som er oppdragsgivers mening dersom denne inngår samarbeid med alle aktuelle leverandører hver for seg eller i en gruppe. Det vil som regel ikke være regningssvarende om mange forskningsgrupper skulle sette i gang parallelle løp for å dekke oppdragsgivers anskaffelsesbehov. Man må derfor gå ut fra at et slikt handlingsmønster vil være en del av en forberedende fase før selve anskaffelsen. Dersom alle leverandørene får lik tilgang til slike samtaler eller møter, kan dette være uproblematisk.

I de fleste tilfeller vil det ikke være tvil om når oppdragsgiveren eller oppdragsgiverne har inngått en avtale med en eller flere bestemte leverandører. Har oppdragsgiver for eksempel ytt delbetaling for oppdraget, må avtale anses å være inngått. Et sentralt spørsmål er om avtalen må være gjensidig bebyrdende, slik anskaffelsesforskriften

⁴⁵ Jusleksikon (2007) s. 177

⁴⁶ Hov (2002) s. 36

definerer kontraktsbegrepet. Definisjonen avgrenser avtaler som stifter rettigheter og plikter hos begge parter, mot gavedisposisjoner, der bare en av partene forplikter seg.⁴⁷

Formålet i offanskl. § 1 tilsier at det var gjensidig bebyrdende avtaler, og ikke gaver, lovgiver ønsket å regulere. Gaver fra oppdragsgivers side er neppe forenlig med målet om mest mulig effektiv ressursbruk. Videre vil gaver fra private næringsdrivendes side måtte ses i lys av kampen mot korrupsjon. Gaver i den størrelsesorden en forsknings- og utviklingstjeneste vil handle om, kan ikke sies å være forenlig med målet om at det offentlige skal opptre med stor integritet. Av samme årsaker vil det også være lite praktisk å se for seg at en kontrakt som kommer inn under unntaksregelen i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g skulle være en gavedisposisjon. Dette skulle derfor tilsi at en slik FOU-kontrakt må være gjensidig bebyrdende.

Kontrakter som inngås i egenregi, vil verken omfattes av anskaffelsesforskriften eller offanskl.⁴⁸ Dette er sammenfallende med EU-domstolens oppfatning i sak C-107/98, premiss 50.

4.3.2 Begrepene forskning og utvikling

Hva som er forskning og utvikling defineres ikke i forskriften. I NOU 1997:21 er imidlertid en FOU-kontrakt definert som en avtale om utvikling av et produkt eller en løsning som dekker et anskaffelsesbehov.⁴⁹ Nærings- og handelsdepartementet utdypet forståelsen av begrepet ytterligere i sin fortolkningsuttalelse av 11. juli 2003, bl.a. med å understreke at kontrakter som kun inneholder en liten videreutviklingsdel ikke omfattes.⁵⁰

⁴⁷ Hov (2002) s. 26

⁴⁸ Dragsten (2005) s. 150

⁴⁹ NOU 1997: 21 s. 33

⁵⁰ s. 4

I FADs veileder er det angitt at en FOU-kontrakt må inneholde et element av forskning eller utvikling.⁵¹ I veilederen eksemplifiseres dette med utvikling av ny teknologi, produkter, tjenester eller kunnskap, samt nye anvendelsesområder for kjent teknologi.

KOFA bruker en lignende definisjon i sak 2004/206, premiss 29:

”Det følger av bestemmelsens ordlyd at leverandøren under gjennomføringen av tjenesten må bidra til utvikling av kompetanse eller teknologi. Klagenemnda antar at en ren innsamling og systematisering av data ikke er omfattet av forskriften, heller ikke hvis kompetansen typisk finnes i et forskningsmiljø. Det kan videre ikke vektlegges om tjenesten senere skal kunne brukes til forskningsformål. Dersom de innsamlede data skal bearbeides ved hjelp av en metode under utvikling, kan forholdet etter omstendighetene omfattes.”

Denne oppfatningen av forsknings- og utviklingsbegrepet er opprettholdt i senere avgjørelser, for eksempel KOFA-sak 2011/161.

Det er selve forsknings- og utviklingsprosessen som omfattes av unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g. Arbeid med kommersialisering av produktet kan derfor ikke medregnes. I NOU 1997:21 var dette forutsatt:⁵²

”Hovedregelen er at når utviklingsprosjektet er ferdig, skal en påfølgende anskaffelse kunngjøres på vanlig måte.”

4.4 Hvem kan inngå FOU-kontrakter?

Verken offanskl. eller anskaffelsesforskriften setter noen begrensninger for hvem som kan inngå en FOU-kontrakt. I utgangspunktet må man derfor gå ut fra at enhver offentlig virksomhet kan være oppdragsgiver for en FOU-kontrakt. Både forvaltningsmyndigheter og andre offentligrettslige organer kan ha behov for tjenester eller kompetanse som ikke vil være tilgjengelig uten forutgående forskning eller utvikling. Som oppdragsgiver må likevel som hovedregel regnes den som betaler for

⁵¹ FAD (2006) s. 21

⁵² s. 36

tjenesten, selv om det er navngitt en annen oppdragsgiver i kontrakten.⁵³ Der flere virksomheter betaler for tjenesten, vil alle måtte regnes som oppdragsgiver. Dette vil være av betydning for spørsmålet om kontrakten oppfyller vilkårene om finansiering og om tjenesten tilfaller oppdragsgiver fullt ut.

Leverandører av FOU-tjenester må være i stand til å utvikle det produktet som etterspørres. Dette kan typisk være forskningsinstitutter eller produksjonsbedrifter med egen forsknings- og utviklingsaktivitet. Mange virksomheter uten slik aktivitet vil derfor falle utenfor målgruppen for denne type kontrakter.

4.5 Avgrensning av unntaket fra anskaffelsesforskriften

Unntaksbestemmelsen for FOU-kontrakter i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g lyder slik:

”Forskriften får ikke anvendelse på:

FOU-tjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet”

Det er altså slik at kontrakten for det første må være en tjenestekontrakt. Videre må ett av to vilkår oppfylles; enten at oppdragsgiver ikke betaler fullt ut for tjenesten, eller at tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver.

4.5.1 Vilkår 1: Kontrakten må være en tjenestekontrakt

Dette er et absolutt vilkår. Tjenestekontrakter er ikke direkte definert i forskriften. I følge anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav d er en tjenestekontrakt en kontrakt som ikke er en varekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt, som definert i paragrafens bokstav b og c og som gjelder tjenester listet i forskriftens vedlegg 5 og 6 om henholdsvis prioriterte og uprioriterte tjenester.

⁵³ Dragsten (2005) s. 401

Avgrensningen mot varekontrakter vil som regel være klar, da en FOU-kontrakt ikke naturlig faller innunder ordinære kjøps-, leasing eller leiekontrakter. Varer som skal brukes til forsknings- og utviklingsaktiviteter vil ikke i seg selv regnes som forskning og utvikling. Et eksempel vil være teknisk måleutstyr som brukes under eksperimentering.

Bygge- og anleggskontrakter innebærer arbeid eller planlegging av arbeid som er tilstrekkelig for å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon, jfr.

anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav c. Forskriftens vedlegg 1 lister opp en del aktiviteter som faller inn under bygge- og anleggsarbeider. Også en bygge- og anleggskontrakt kan ha elementer av forskning og utvikling, for eksempel et forsøksanlegg for oppdrettsfisk som må utformes og bygges spesielt til formålet. Anskaffelsen vil likevel ikke være unntatt fordi det ikke dreier seg om en tjeneste.

4.5.2 Alternativt vilkår 2 a): Oppdragsgiver betaler ikke fullt ut for tjenesten

Ordlyden angir at dersom oppdragsgiver dekker alle kostnader, kan ikke FOU-kontrakten unntas anskaffelsesreglene i anskaffelsesforskriften, med mindre tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut.⁵⁴ I veilederen til forskriften angis at også indirekte kostnader, som bruk av lokaler og utstyr, skal medregnes.⁵⁵ Verken forskriften eller veilederen setter noen øvre grense for oppdragsgivers bidrag. I prinsippet kan det derfor se ut til at oppdragsgiver kan dekke nesten alle kostnader uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Fornyings- og administrasjonsdepartementet har uttalt at alle kontrakter om FOU-tjenester som har et reelt element av støtte fra det offentlige, vil være omfattet av unntaket.⁵⁶ Det er imidlertid uklart hvor grensen går med hensyn til hva som er et reelt element.

⁵⁴ se nedenfor i kapittel 4.5.3

⁵⁵ FAD (2006) s. 22

⁵⁶ FAD (2006) s. 24

Den klassiske oppfyllelsen av vilkår 2 a) er når oppdragsgiver og leverandør deler på utgiftene. Dette vil særlig være aktuelt der begge parter vil ha nytte av resultatene i sin virksomhet, for eksempel ved utviklingen av ny metodikk eller programvare.

Et krav som må oppstilles i slike tilfeller er at leverandørens eller tredjemanns bidrag er reelt. En sentral problemstilling er bruk av grunnbevilgninger til forskningsinstitutter. Grunnbevilgningen er offentlig støtte til drift av organisasjonen, og kan derfor anses som betaling fra oppdragsgiver. En leverandør som mottar grunnbevilgning må derfor også bidra med egne midler for at vilkår 2 a) skal være oppfylt.

Ved nærhet mellom bevilgende myndighet og leverandør, vil bruk av grunnbevilgninger kunne oppfattes som en bevisst omgåelse av anskaffelsesregelverket. Fornyings- og administrasjonsdepartementet hevder i sin veileder at rettsstilstanden på dette området er uklar.⁵⁷ Det kan derfor være nyttig å skjele til formålet i offanskl. § 1 og de grunnleggende kravene i § 5. Dersom det er fare for at finansieringsløsningen bidrar til å svekke allmennhetens tillit til offentlige disposisjoner, mener jeg at man bør finne andre løsninger eller gjennomføre anskaffelsesprosessen etter reglene i anskaffelsesforskriften.

I tilfeller der det ikke er naturlig eller hensiktsmessig at leverandøren bidrar til finansieringen av forsknings- og utviklingstjenesten, kan det være aktuelt å hente støtte fra en tredjepart. Det mest praktiske eksempelet her er delfinansiering gjennom forskningsfond eller tilsvarende finansiering. En variant av dette er prosjektstøtte som gis til oppdragsgiver for å finansiere forsknings- og utviklingsoppdraget helt eller delvis. Til dette formålet er det opprettet en skreddersydd finansieringsordning som forvaltes av Innovasjon Norge. Denne kalles OFU-ordningen. Gjennom en slik finansieringsløsning, har bevilgende myndigheter større mulighet til å styre pengestrømmen til forskning og utvikling i offentlig sektor i ønsket retning. Dermed øker sjansen for at offentlig forskning og utvikling blir mest mulig effektiv og målrettet

⁵⁷ FAD (2006) s. 22

i forhold til politikernes prioriteringer. For å oppnå slike mål stiller Innovasjon Norge en rekke krav til virksomheter som søker om OFU-midler.⁵⁸

I NOU 1997:21 angis det at OFU-kontrakter kan være et nyttig virkemiddel både for statlige oppdragsgivere og næringslivet, men at det kreves at oppdragsgiver har en langsiktig planleggingshorisont. Dette skyldes at det kan ta tid å utvikle en ny løsning eller et nytt produkt som kan ivareta oppdragsgivers anskaffelsesbehov. Det er viktig at oppdragsgiver gir rom for dette.⁵⁹

Offentlige midler som bevilges fra en overordnet til en underliggende etat for dekking av leverandørkostnader, faller klart utenfor de tillatte finansieringsmodellene.⁶⁰

Begrunnelsen er at det i slike tilfeller vil være den underliggende etaten som i realiteten er oppdragsgiver. Dersom midlene i sin helhet kommer fra denne, kommer anskaffelsesreglene til anvendelse på vanlig måte. Forskjellen mellom OFU-ordningen og finansiering fra overordnet etat vil være at den økonomiske støtten i førstnevnte tilfelle ikke vil bære preg av bestilling fra finansieringskilden.

4.5.3 Alternativt vilkår 2 b): Tjenesten tilfaller ikke oppdragsgiver fullt ut

Dersom oppdragsgiver betaler fullt ut for tjenesten, må den helt eller delvis kunne brukes av andre enn oppdragsgiver for å falle utenfor anskaffelsesreglene. Det må her stilles krav om at nytteverdien for andre må være reell.⁶¹ At leverandørene eller andre får indirekte fordeler som kompetanseheving og merkevarebygging, vil ikke være tilstrekkelig.⁶² Derimot kan publisering av forskningsresultater i visse tilfeller rettferdiggjøre bruk av unntaksregelen.⁶³ Dette skyldes at man med dette gjør resultatene tilgjengelig til bruk for andre. Ikke all offentliggjøring vil tilfredsstille kravet. Dette må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Også der en av leverandørene beholder

⁵⁸ Innovasjon Norge (2011) kapittel 5

⁵⁹ s. 36

⁶⁰ FAD (2006) s. 23

⁶¹ Dragsten (2005) s. 403

⁶² Brev fra NHD til Statens vegvesen 7. januar 2002

⁶³ FAD (2006) s. 24

opphavsrettigheter til resultatene, kan vilkåret om at tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut, være oppfylt.⁶⁴

Der det er flere offentlige oppdragsgivere som finansierer tjenesten, vil alle regnes som oppdragsgivere. Det må derfor finnes en nytteverdi også for andre enn de som deltar i finansieringen. Nærings- og handelsdepartementet har dessuten oppstilt et krav om at der den offentlige oppdragsgiver bare delvis finansierer prosjektet, må utnyttelsesgraden av resultatene være mindre enn finansieringsgraden. Det vil si at dersom oppdragsgiver bidrar med 60 % av finansieringen, må mer enn 40 % av resultatene komme til nytte for andre dersom unntaket skal kunne brukes.⁶⁵

5 Drøfting

5.1 Konsekvenser av at en FOU-kontrakt er unntatt anskaffelsesforskriften

Konsekvensen av at en kontrakt faller inn under unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g, er at forskriften ikke gjelder for denne kontrakten. Oppdragsgiver er derfor ikke forpliktet til å følge de detaljerte reglene i anskaffelsesforskriften når slik kontrakt skal inngås. Det vil likevel være slik at dersom oppdragsgiver oppgir i konkurransegrunnlaget at forskriften legges til grunn, har denne forpliktet seg til å følge ordinære anskaffelsesprosedyrer. Dette ble konklusjonen i KOFA-sak 2003/146 og KOFA-sak 2003/267.

Det er bare når oppdragsgiver uttrykkelig angir at anskaffelsesforskriften gjelder, at denne vil være bundet av forskriftens prosedyrer. Bruk av enkelte uttrykk fra forskriften tilsier ikke nødvendigvis at oppdragsgiver må følge de detaljerte reglene fullt ut. I KOFA-sak 2008/39, premiss 82, kom klagenemda til at selv om oppdragsgiver hadde kunngjort at kontrakten ville tildeles etter forhandlinger, var han ikke bundet av anskaffelsesforskriftens regler for konkurranse med forhandling.

⁶⁴ FAD (2006) s. 24

⁶⁵ Brev fra NHD til Statens vegvesen 7. januar 2002

Selv om ikke forskriften kommer til anvendelse, vil kontrakten omfattes av loven. I offanskl. § 3 er det bare anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123 som er unntatt. Videre viser EU-domstolens uttalelser i sak C-226/09, premiss 29 og C-507/03, premiss 26, at også kontrakter som faller utenfor anskaffelsesdirektivet er bundet av bestemmelsene om de fire friheter, som er bærebjelkene for EUs indre marked. Dette innebærer at oppdragsgiver må følge prinsippene om likebehandling, proporsjonalitet og gjennomsiktighet, som er avledet av disse, jfr. sak C-376/08, premiss 22 og 23.

Det er derfor naturlig å anta at de grunnleggende kravene i offanskl. § 5 skal følges for FOU-kontrakter som kommer inn under anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g. Dette er i samsvar med Fornyings- og administrasjonsdepartementets syn.⁶⁶ Også KOFA kom til dette i sak 2004/189, premiss 23.

I KOFA-sak 2007/20, premiss 29-33 drøftet klagenemda hvorvidt offanskl. er gitt et videre virkeområde enn anskaffelsesforskriften. Klagenemda var her i tvil om kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften likevel er underlagt offanskl., ettersom denne problemstillingen ikke hadde blitt drøftet i forarbeidene. Imidlertid var nemda av den oppfatning av de grunnleggende kravene i § 5 var passende for anskaffelser som lignet de som er omfattet av forskriften. Nemda la også vekt på Fornyings- og administrasjonsdepartementets uttalelser i veilederen til anskaffelsesforskriften om at loven som hovedregel kom til anvendelse.⁶⁷

I NOU 1997:21 fremkommer det at det ikke var tilfeldig at de grunnleggende kravene ble gitt i lovs form. Utvalget pekte på at det med en slik løsning ville bli lettere å få oversikt over grunntrekkene i regelverket. I tillegg ville den kunne bidra til at Stortinget satte fokus på de grunnleggende prinsippene.⁶⁸ Departementet stilte seg bak dette, og

⁶⁶ FAD (2006) s. 18

⁶⁷ FAD (2006) s. 18

⁶⁸ s. 129

mente at offanskl. § 5 ville kunne bidra til klargjøring av de styrende prinsippene for anskaffelsesregelverket.⁶⁹

Det kan derfor vanskelig rettferdiggjøres at en oppdragsgiver unnlater å følge loven på dette punktet. At offanskl. § 5 kommer til anvendelse, medfører dermed at også anskaffelser som omfattes av et unntak skal følge hovedprinsippene i anskaffelsesforskriften så langt det er mulig. Dette innebærer at selv om de detaljerte reglene ikke må følges, skal anskaffelsesprosessen legges opp slik at potensielle leverandører sikres rettigheter som deltakelse, innsyn og rettferdig behandling.

Videre vil det være slik at anskaffelser som bryter med de grunnleggende kravene kan angripes av potensielle leverandører. Dette gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av verdi.⁷⁰ Muligheten til å påberope seg brudd på de kravene som nå er nedfelt i § 5 var ikke nytt med offanskl., men ble tydeliggjort bedre ved at kravene ble opplistet i loven.

Også lovens formålsparagraf viser til grunnleggende prinsipper som vil stille krav til enhver anskaffelse omfattet av loven. Begrepene forretningsmessighet og likebehandling er ment å reflektere de grunnleggende kravene som oppstilles i § 5. I Ot. prp. nr. 71 (1997-98) ble forretningsmessighet knyttet opp mot flere sentrale begreper i denne bestemmelsen:

”Med forretningsmessighet menes her at offentlige oppdragsgivere, for å nå målet om en mest mulig effektiv anskaffelse, skal opptre som enhver annen profesjonell anskaffer på alle stadier i anskaffelsesprosessen, men likevel innenfor de rammer som gis i regelverket. I denne sammenheng vil kravet til konkurranse forut for tildeling av offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter og bruk av objektive og ikke-diskriminerende kriterier som basis for ulike typer beslutninger i anskaffelsesprosedyren stå sentralt.”⁷¹

⁶⁹ Ot. prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 5.6

⁷⁰ Ot. prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 5.6

⁷¹ kapittel 5.3

Likebehandlingsprinsippet kan tilsvarende gjenspeiles i forbudene mot forskjellsbehandling og diskriminering. Departementet begrunnet ønsket om å bruke likebehandlingsbegrepet allerede i formålsbestemmelsen med behovet for rettsikkerhetsgarantier i anskaffelsesprosessen.⁷² Dette underbygger antakelsen om at kravene i § 5 må være ment å gjelde for alle anskaffelser som ikke er uttrykkelig unntatt fra loven.

Heller ikke kravet i offanskl. § 6 om at det skal tas hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen, kan sies å være unntatt, selv om anskaffelsen er unntatt anskaffelsesforskriften. Dette kan ikke regnes for å være grunnleggende rettssikkerhetskrav tilsvarende innholdet i § 5. Snarere reflekterer de samfunnsmessige hensyn som lovgiver fant det nødvendig å lovfeste. Dette er også valide krav som en offentlig oppdragsgiver forventes å følge.

Jeg vil i det videre drøfte hva som ligger i de ulike begrepene i offanskl. §§ 5 og 6. Fra dette vil jeg så utlede hvilke konkrete krav som må kunne stilles til anskaffelser av FOU-tjenester som er unntatt anskaffelsesforskriften ved § 1-3 (2) bokstav g.

5.2 Nærmere om kravene i offanskl. § 5

De grunnleggende kravene ble inntatt med offanskl. i 1999. I Ot. prp. nr. 71 (1997-98) uttalte departementet følgende om innholdet i § 5:

”Bestemmelsen er ikke i seg selv ment å introdusere nye plikter. Slik rettstilstanden er i dag må de krav som er foreslått nedfelt i bestemmelsen anses å følge av alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling, generelle anbudsrettslige prinsipper og generelle prinsipper nedfelt i EØS-avtalen. Ved å samle og tydeliggjøre de relevante prinsippene vil man imidlertid mer effektivt formidle kjernen i anskaffelsesregelverket.”⁷³

⁷² Ot. prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 5.4

⁷³ kapittel 5.6

Kravene i offanskl. § 5 skal både ivareta leverandørenes interesser og sikre effektiv bruk av offentlige midler.⁷⁴ Det synes derfor fornuftig å ha noen slike grunnleggende retningslinjer som gjelder for alle anskaffelser.⁷⁵

Det er klart at offanskl. § 5 gjelder i alle ledd av anskaffelsesprosessen. Det vil for eksempel ikke være anledning til å endre konkurranseform underveis, fordi kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling da ikke kan innfris, jfr. KOFA-sak 2004/19, premiss 16.

5.2.1 God forretningsskikk

Kravet i offanskl. § 5 første ledd om god forretningsskikk innebærer at oppdragsgiver skal opptre som en profesjonell aktør i markedet.⁷⁶ En oppdragsgiver som også er et forvaltningsorgan vil dessuten være underlagt forvaltningslovens bestemmelser om forsvarlig saksbehandling. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.4.

Prinsippet om god forretningsskikk er godt forankret i forretningslivet. Begrepet forretningsskikk er også brukt i lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) §§ 1 og 25. En offentlig oppdragsgiver må i anskaffelsesprosessen regnes som næringsdrivende. Det kan derfor ikke stilles mindre strenge krav til god moral av denne enn av en hvilken som helst annen markedsaktør.

Det foreligger ikke noen definisjon av begrepet forretningsskikk i forarbeidene til offanskl. Innholdet i dette kravet blir heller ikke særlig grundig drøftet. I NOU 1997:21 uttalte utvalget at god forretningsskikk ville stille krav om redelig opptreden i forretninger.⁷⁷ Veilederen til anskaffelsesforskriften utdyper dette noe mer. Departementet mente her at kravet om god forretningsskikk innebærer forsvarlig og

⁷⁴ Dragsten (2005) s. 149

⁷⁵ FAD (2006) s. 57

⁷⁶ Dragsten (2005) s. 152

⁷⁷ s. 165

saklig saksbehandling, samt fokus på økonomi og ressurseffektivitet.⁷⁸ Et eksempel på brudd på god forretningsskikk slik KOFA forstår begrepet, er at tilbyderne ikke får meddelelse om at en leverandør er valgt før det har gått nesten tre måneder fra oppdragsgiver bestemte seg, jfr. KOFA-sak 2008/39, premiss 86.

Overholdelse av taushetsplikt er også relevant i denne sammenhengen. I KOFA-sak 2005/243, premiss 25, kom klagenemda til at oppdragsgiver hadde brutt kravet om god forretningsskikk ved å opplyse de øvrige tilbyderne om deres prosentmessige prisforskjell fra klagers tilbud. Andre relevante momenter kan være habilitet, opplysningsplikt og gjennomføringen av forhandlinger.⁷⁹

5.2.2 Høy forretningsetisk standard

Høy forretningsetisk standard henger sammen med god forretningsskikk. Begge begreper har sin bakgrunn i sedvanerettslige prinsipper knyttet til forretningsvirksomhet. Mens forretningsskikk refererer til handlemåten i forretningssaker, er forretningsetikk et mer normativt begrep. I forarbeidene eksemplifiseres høy forretningsetisk standard med at offentlige oppdragsgivere ikke må misbruke sin posisjon som store innkjøpere.⁸⁰

Forretningsetikk har dessuten sammenheng med kampen mot korrupsjon. Konsekvensen av uetisk opptreden i anskaffelsessaker vil kunne medføre dyrere produkter og tjenester, mindre effektive markeder og redusert tillit til offentlige myndigheter og rettsapparatet.⁸¹ Oppdragsgiver plikter derfor å sørge for klare regler og ryddig saksbehandling i forbindelse med offentlige anskaffelser.

⁷⁸ FAD (2006) s. 60

⁷⁹ FAD (2006) s. 60

⁸⁰ NOU 1997: 21 s. 35

⁸¹ NOU 1997: 21 s. 34

5.2.3 Forbud mot forskjellsbehandling

Forbudet mot forskjellsbehandling er helt sentralt for offentlige anskaffelser. I følge Dragsten og Lindalen er dette faktisk det viktigste grunnprinsippet i anskaffelsesregelverket både i Norge og EØS for øvrig.⁸² Også lovutvalget fremhevet betydningen av likebehandlingsprinsippet i NOU 1997:21. Utvalget mente at kravet til likebehandling er et utslag av ønsket om etisk opptreden fra oppdragsgivers side.⁸³

Forbudet mot forskjellsbehandling må sies å være det samme som prinsippet om likebehandling, som er utviklet av EU-domstolen gjennom rettspraksis.⁸⁴ I sak C-16/98 kom domstolen til at det er krav om likebehandling i alle faser av en anskaffelsesprosess. Dersom oppdragsgivere hadde lov til å forskjellsbehandle potensielle leverandører, kunne man lett se for seg at EUs indre marked ville bli svært ineffektivt eller kanskje til og med falle sammen.

I Norge er Rt. 2001 s. 1062 (Nucleusdommen) sentral. I denne saken hadde oppdragsgiver vektlagt deltakelse i en forutgående lukket prosjektkonkurranse og geografisk tilknytning til utbyggingsstedet ved valg av leverandør. Høyesterett fant at det var brudd på likebehandlingsprinsippet ved at ikke alle kvalifiserte leverandører hadde hatt anledning til å delta i prosjektkonkurransen. I tillegg hadde oppdragsgiver vektlagt geografisk tilknytning til utbyggingsstedet, selv om dette ikke hadde vært en del av konkurransegrunnlaget.

Oppdrag fra ulike offentlige instanser er en viktig del av markedet. Dette skyldes at slike anskaffelser ofte er omfattende, langsiktige og økonomisk betydningsfulle for leverandørene. Det er derfor langt fra likegyldig hvem som blir tildelt et oppdrag. Også for samfunnet er det vesentlig at offentlige anskaffelser er så fornuftige og kostnadseffektive som mulig. Både næringsdrivende og borgerne for øvrig må derfor kunne stole på at offentlige midler brukes på best mulig måte. Likebehandling av

⁸² s. 153

⁸³ NOU 1997: 21 s. 34

⁸⁴ EØS-rett (2004) s. 68

potensielle leverandører gjennom hele anskaffelsesprosessen vil være et sentralt trinn på veien mot dette målet.

I veilederen til anskaffelsesforskriften hevder departementet at blant annet reglene om kommunikasjon, kunngjøring og tildeling på grunnlag av objektive kriterier i anskaffelsesforskriften er tuftet på likebehandlingsprinsippet.⁸⁵ I sak C-423/07, premiss 57, uttalte EU-domstolen at likebehandlingsprinsippet sammen med gjennomsiktighetsprinsippet medfører en kunngjøringsforpliktelse.

5.2.4 Konkurransen så langt det er mulig

Konkurransen er en viktig del av en offentlig anskaffelse. Det er derfor viet mye plass til drøfting av ulike konkurranseformer i lovforarbeidene. I NOU 1997:21 hevdet utvalget at konkurransekravet har sin bakgrunn i samfunnsøkonomiske og forrentningsmessige hensyn, samt forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger.⁸⁶ Det var derfor etter utvalgets mening vesentlig at det skulle gjennomføres konkurranse uavhengig av anskaffelsesprosedyren for øvrig. Fornyings- og administrasjonsdepartementet har tolket dette slik at konkurransekravet gjelder uavhengig av anskaffelsens art og verdi.⁸⁷

Konkurransen vil som regel være det mest rettferdige for potensielle leverandører som ønsker å inngå kontrakt med det offentlige. Skal EUs målsetning om de fire friheter nås, må derfor EØS-landene legge til rette for dette gjennom å åpne for konkurranse mellom potensielle aktører. Konkurransen vil også kunne sikre at offentlige anskaffelser blir mest mulig kostnadseffektive.⁸⁸

I NOU 1997:21 knyttes konkurranseprinsippet til likhetsprinsippet. I merknadene til anskaffelsesforskriften § 19-1 uttalte utvalget:

⁸⁵ FAD (2006) s. 61

⁸⁶ s. 160

⁸⁷ FAD (2006) s. 59

⁸⁸ FAD (2006) s. 59

”Den absolutte hovedregel ved enhver konkurranse, er en lik behandling av samtlige konkurransedeltakere.”⁸⁹

Det stilles altså strenge krav til oppdragsgiver når det gjelder gjennomføring av en konkurranse. I dette ligger det at premissene for konkurransen må være rettferdige, at leverandørene behandles likt underveis i prosessen, samt at valg av leverandør skjer på en objektiv måte.

Det at konkurranse skal gjennomføres så langt det er mulig, åpner for at konkurranse kan unnlates i særlige tilfeller. Dette gjelder for eksempel når det bare finnes én leverandør i markedet⁹⁰. Lovgiver har tatt dette til følge ved å stille mindre strenge krav til anskaffelser der det vil være vanskelig, umulig eller uhensiktsmessig å gjennomføre konkurranse i anskaffelsesforskriften § 2-1 (2).

5.2.5 Forutberegnelighet

Muligheten til å forutberegne sin stilling er et gjennomgående prinsipp i norsk rett, og er også en grunnleggende forutsetning for å kunne delta i anskaffelsesprosesser. Kravet om forutberegnelighet er i forarbeidene begrunnet med behovet for tillit til at reglene for anskaffelsesprosessen følges av alle aktørene.⁹¹

Informasjon står helt sentralt når det gjelder å etablere denne tilliten. Med bakgrunn i forutberegnelighetskravet må det derfor kunne pålegges oppdragsgiver å sikre at alle kvalifiserte leverandører får tilstrekkelig informasjon om den planlagte anskaffelsen.⁹² Kravet til forutberegnelighet ble også knyttet til informasjonsplikten i KOFA-sak 2009/27, premiss 29:

”Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må gi de opplysningene som er nødvendig for at leverandørene skal ha et forsvarlig

⁸⁹ s. 187

⁹⁰ FAD (2006) s. 60

⁹¹ NOU 1997: 21 s. 160

⁹² FAD (2006) s. 63

grunnlag å inngi tilbud på basis av, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/27 (premiss 48) og 2008/86 (premiss 59), sml. også det ulovfestede kravet til lojalitetsplikt i kontraktsforhold.”

Høyesterett uttalte i Rt. 2008 s.1705, premiss 34, at kravet om forutberegnelighet innebærer et klarhetskrav. Dette medfører blant annet at oppdragsgivers beskrivelse av anskaffelsen, valg av anskaffelsesprosedyre og tildelingskriteriene må være utvetydige og ikke endres underveis i prosessen. Kravene i anskaffelsesforskriften § 8-1 om at konkurransegrunnlaget må være uttømmende kan utledes fra dette.

5.2.6 Gjennomsiktighet

Kravet til gjennomsiktighet skal være en garanti for at offentlige midler ikke misbrukes. Gjennomsiktighet er en forutsetning for tilfredsstillelse av etterprøvbarehetskravet.⁹³ Også gjennomsiktighet handler om informasjon. Mens forutberegnelighet er nært knyttet til premissene for og planlegging av anskaffelsesprosessen, er gjennomsiktighet forbundet med innsyn i de faktiske hendelsene underveis.

Med bakgrunn i gjennomsiktighetskravet er det naturlig at aktuelle leverandører og andre interessenter, så langt det er mulig og forsvarlig, bør være berettiget innsyn i anskaffelsesprosessens dokumenter. Det vil være både fordeler og ulemper med åpenhet. Dette er ikke unikt for anskaffelsesprosesser. Også under utøvelsen av andre offentlige oppgaver vil det kunne oppstå spørsmål om hva som bør være offentlig og hva som bør hemmeligholdes.

Spørsmålet om innsyn ble grundig behandlet i NOU 1997:21. Utvalget var opptatt av å finne en balanse mellom kravet til åpenhet og gjennomsiktighet og det som skulle være regelverkets formål, nemlig å sikre effektivitet i offentlige anskaffelser. Behovet for å beskytte leverandørenes forretningshemmeligheter ble dessuten veid mot hensynet til

⁹³ FAD (2006) s. 65

samfunnets interesser og kampen mot korrupsjon.⁹⁴ Under diskusjonen av etiske aspekter ved anskaffelsesprosessen uttalte utvalget:

”All informasjon som kommer fra oppdragsgiveren skal være korrekt og objektiv. Dette innebærer videre at det ikke skal tas beslutninger under anskaffelsesprosessen som det vil være behov for å skjule i ettertid. Det er videre uheldig dersom møteprotokoller fra møtene der kontraktstildelingen blir besluttet unntas fra offentlighet. Dette kan skape mistanke om uetisk opptreden fra beslutningstakerne.”⁹⁵

I tillegg til innsynsrett, vil gjennomsiktighetsprinsippet kunne innebære et krav om kunngjøring av en planlagt anskaffelse, for å sikre åpenhet omkring anskaffelsesprosessen.⁹⁶ Dette henger også sammen med forutberegnelighetskravet.

Også anskaffelsesforskriftens begrunnelsesplikt kan utledes fra kravet om gjennomsiktighet.⁹⁷ Dette er nært tilknyttet etterprøvbarkravet.

5.2.7 Etterprøvbarehet

I forarbeidene er etterprøvbarkravet forklart slik:

”At hensynet til etterprøvbarehet skal sikres vil si at deltakerne i en konkurranse i ettertid skal ha mulighet til å forvise seg om at anskaffelsesprosessen har skjedd i henhold til anskaffelsesprosedyrene i regelverket. Dette vil si at det i størst mulig grad bør tas referater fra møter og at alle innstillinger og vurderinger bør foreligge skriftlig. Det må antas at en slik praksis vil være tvisteforebyggende, ettersom leverandøren enkelt kan kontrollere at prosessen har gått riktig for seg.”⁹⁸

⁹⁴ NOU 1997: 21 s. 130-133

⁹⁵ NOU 1997: 21 s. 34

⁹⁶ FAD (2006) s. 64

⁹⁷ Dragsten (2005) s. 160

⁹⁸ NOU 1997: 21 s. 160

I etterprøvbarkravet kan man derfor innfortolke et dokumentasjonskrav. Dette gjelder alle trinn i anskaffelsesprosessen. Fornyings- og administrasjonsdepartementet angir at dokumentasjonen må foreligge skriftlig, klar og utfyllende nok til at en tredjeperson kan forstå hvordan anskaffelsesprosessen har foregått og hvilke vurderinger oppdragsgiver har foretatt.⁹⁹

Etterprøvbarkravet vil dessuten innebære at oppdragsgiver må kunne dokumentere begrunnelsen for valg av leverandør. I KOFA-sak 2006/53 kom klagenemda til at det var brudd på kravet til etterprøvbarkhet at oppdragsgiver ikke kunne fremlegge dokumentasjon av de vurderinger som lå til grunn for valg av leverandør. En oppdragsgiver som ikke dokumenterer et slikt sentralt trinn i anskaffelsesprosessen, kan lett mistenkes for å ha lagt andre hensyn til grunn enn de kriterier man på forhånd har annonsert overfor leverandørene.

5.2.8 Utvelgelse basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier

Det vil være uakseptabelt om offentlige oppdragsgivere utøver maktmisbruk eller forsøker å vri konkurransen mot en bestemt leverandør. Kravet i offanskl. § 5 fjerde ledd om at anskaffelsen skal være basert på objektive og ikke-diskriminerende prinsipper, samt de videre presiseringene av dette i femte ledd bokstav a-c, skal sikre potensielle leverandører mot urimelige vilkår eller faktisk utestengelse fra konkurransen.

I merknadene til offanskl. § 5 i NOU 1997:21 uttalte utvalget følgende:

”Fjerde og femte ledd i bestemmelsen nedfeller hovedprinsippene i anskaffelsesregelverket.”¹⁰⁰

Det kan derfor synes som om utvalget satte disse kravene høyere enn de øvrige kravene i offanskl. § 5. Alternativt kan disse kravene anses å være innbefattet i kravene til likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvbarkhet. Dette ble ikke

⁹⁹ FAD (2006) s. 64

¹⁰⁰ s. 160

diskutert inngående av departementet i Ot. prp. nr. 71 (1997-98). Det er likevel liten tvil om at kravene gir uttrykk for et viktig rettssikkerhetsprinsipp.¹⁰¹

Dette innebærer at spesifikasjoner eller krav som stilles til leverandørene må være saklige og relevante, samt at de anvendes konsekvent.¹⁰² Selv når oppdraget ikke utlyses på formell måte eller prosedyrene i anskaffelsesforskriften ikke følges, må man legge dette til grunn. For eksempel vil det være uakseptabelt å vektlegge at en leverandør ikke har erfaring med det norske markedet fra tidligere, jfr. KOFA-sak 2003/128.

Forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet er et sentralt prinsipp i EU, og er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 4. Dersom oppdragsgivere hadde anledning til å diskriminere på denne måten, for eksempel ved å tildele oppdrag utelukkende til nasjonale leverandører, ville ikke EUs indre marked kunne fungere. Likevel kan man gjøre unntak der dette er saklig og objektivt begrunnet.¹⁰³ For å sikre størst mulig effektivitet i saksbehandlingen, har anskaffelsesforskriften derfor gitt åpning for å diskriminere leverandører som ikke er i stand til å lese dokumentasjon eller levere tilbud på norsk, jfr. anskaffelsesforskriften § 3-9.

Bruk av tekniske spesifikasjoner i konkurransevidende øyemed vil på samme måte være markedshemmende. I tillegg vil det kunne bidra til å svekke tilliten til at offentlige anskaffelser ivaretar hensynene til likebehandling og objektivitet. Det kan naturligvis være tilfeller der det er nødvendig å kreve spesifikke tekniske løsninger, men oppdragsgiver må kunne dokumentere at et slikt behov. I KOFA-sak 2004/129, premiss 34 kom klagenemda til at oppdragsgiver hadde brutt forbudet mot å bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, ved å kreve mykstartere av ett bestemt merke, uten å godtgjøre at dette var nødvendig.

¹⁰¹ Dragsten (2005) s. 161

¹⁰² Dragsten (2005) s. 161

¹⁰³ FAD (2006) s. 62

Forbudet mot å dele opp en planlagt anskaffelse for å hindre at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, får ikke direkte konsekvenser for de grunnleggende kravene i offanskl. § 5. Dette skyldes at alle offentlige anskaffelser som ikke uttrykkelig er unntatt loven, må følge kravene i § 5. Regelen vil derfor kun være av betydning for anskaffelser som ellers skulle ha vært omfattet av forskriftsverket.¹⁰⁴

5.3 Nærmere om kravene i offanskl. § 6

I offanskl. § 6 er det inntatt en bestemmelse som pålegger statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Dette skal gjøres allerede under planleggingen av den enkelte anskaffelse. I NOU 1997:21 begrunnes dette med at de viktigste premissene ved anskaffelser legges i planleggingsfasen og ved utarbeidelse av kravspesifikasjonene.¹⁰⁵

Det er imidlertid ikke mulig å utforme spesifikke kriterier for oppfyllelse av kravene i offanskl. § 6. Utvalget forutsatte derfor at det ikke skulle være sanksjoner knyttet til bestemmelsen, men at den i stedet skulle anses som en instruks.¹⁰⁶

5.3.1 Livssyklus-kostnader

NOU 1997:21 definerer livssyklus-kostnader som

”total-kostnader over levetiden av det som kjøpes, som for eksempel vedlikeholds-, drifts- og utrangeringskostnader.”¹⁰⁷

Hensikten med å se på livssyklus-kostnadene er å spare penger på lang sikt, samt å foreta miljømessig riktige valg.¹⁰⁸ Utvalget påpekte at kravet skulle anses som en oppfordring

¹⁰⁴ Dragsten (2005) s. 167

¹⁰⁵ s. 160

¹⁰⁶ NOU 1997: 21 s. 86

¹⁰⁷ s. 31

til oppdragsgiver om å undersøke kostnadene for anskaffelse og bruk gjennom hele bruksperioden til avhending eller kassering. Alle påregnelige kostnader skal medregnes.¹⁰⁹

I Ot.prp. nr. 71 (1997-98) ble hensynet til livssyklus-kostnader sett i sammenheng med hensynet til miljømessige konsekvenser.¹¹⁰ Hovedbegrunnelsen for innføring av § 6 i den nye offanskl. ble dermed

”å få oppdragsgiver til å ta hensyn til miljømessige faktorer helt fra planleggingsfasen.”

5.3.2 Universell utforming

Kravet om universell utforming ble inntatt i offanskl. § 6 ved en lovendring i 2006. I Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) uttalte departementet at fysisk tilgjengelighet er av vesentlig betydning for sosial tilgjengelighet og deltakelse i samfunnet. Målsetningen med lovendringen var derfor at produkter, tjenester og bygninger skal kunne brukes av flest mulig på like vilkår.¹¹¹ For å få dette til, mente departementet at kravet om universell utforming måtte inn allerede i planleggingsfasen av en anskaffelse.¹¹²

Begrepet universell utforming er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav l som:

”utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig”

Det må antas at den samme definisjonen gjelder for bruk av begrepet i offanskl. § 6. Deltasenteret ved Sosial- og helsedirektoratet har gitt ut en veileder om universell utforming ved offentlige anskaffelser. I veilederen understrekes det at også tjenesteanskaffelser er omfattet av kravet om universell utforming. Deltasenteret opererer med en praktisk definisjon av begrepet:

¹⁰⁸ NOU 1997: 21 s. 31

¹⁰⁹ NOU 1997: 21 s. 160

¹¹⁰ kapittel 9.2

¹¹¹ s. 7

¹¹² s. 17

”En universelt utformet tjeneste betyr at den skal kunne benyttes av enhver. Det skal ikke være behov for hjelpemidler og tjenesten skal kunne benyttes i ulike situasjoner, med tilgjengelig teknologi, kunnskap og materialer. Tjenesten må i tillegg være kompatibel med vanlige tekniske hjelpemidler for de som benytter slike hjelpemidler i det daglige.”¹¹³

5.3.3 Miljømessige konsekvenser

I NOU 1997:21 ble miljøhensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser drøftet inngående. Utvalget uttalte følgende:

”Hvis offentlige oppdragsgivere systematisk tar miljømessige hensyn ved sine anskaffelser, kan det forventes at tilbudet blir dreiet i retning av mindre miljøbelastende og mer ressurs- og energieffektive varer og tjenester. Dette kan utgjøre et viktig bidrag til å endre produksjons- og forbruksmønsteret i en mer bærekraftig retning. Videre kan det offentlige redusere miljøproblemene knyttet til egen virksomhet ved å stille miljøkrav til produkter og tjenester.”¹¹⁴

Videre understreket utvalget at miljøkravene må knyttes til selve anskaffelsen, og ikke til produksjonsprosessen eller type transportmiddel.¹¹⁵

Utvalget var også opptatt av at miljøhensyn ikke måtte komme i veien for grunnleggende prinsipper som likebehandling og ikke-diskriminering. Derfor var det av helt sentral betydning at miljøkrav måtte spesifiseres allerede i planleggingsfasen av en anskaffelse.¹¹⁶ Dette stilte departementet seg bak.¹¹⁷

¹¹³ s. 21

¹¹⁴ s. 81

¹¹⁵ NOU 1997: 21 s. 160-161

¹¹⁶ NOU 1997: 21 s. 86

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 9.4

5.4 Hvilke regler som gjelder for FOU-kontrakter som kan unntas anskaffelsesforskriften

I dette kapittelet vil jeg med utgangspunkt i anskaffelsesforskriften forsøke å utlede hvilke konkrete krav man må stille til FOU-kontrakter som er unntatt forskriftens bestemmelser. Det rettslige grunnlaget for disse kravene vil som tidligere nevnt være offanskl., særlig §§ 5 og 6.

5.4.1 Skriftlighet

Offanskl. stiller ikke noe uttrykkelig krav om skriftlighet. Imidlertid kan hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsi at det bør kunne oppstilles et skriftlighetskrav også for FOU-kontrakter som er unntatt forskriften.

For det første kan forsknings- og utviklingsprosessen i mange tilfeller være kompleks, noe som krever omfattende forberedelser og planleggingsarbeid i forkant av anskaffelsesprosessen. I en slik prosess kan både oppdragsgiver og potensielle leverandører være tjent med at de sentrale trinnene i prosessen nedtegnes skriftlig. Dette innebærer ikke nødvendigvis at enhver detalj må foreligge skriftlig. For eksempel kan det sannsynligvis tillates at oppdragsgiver henvender seg muntlig til potensielle leverandører underveis.¹¹⁸ For det andre vil det være svært krevende å etterprøve lovligheten av en anskaffelsesprosess som ikke er dokumentert skriftlig. Dette gjelder både for leverandører og andre som ønsker innsyn i prosessen, og for domstolene som skal foreta den rettslige vurderingen i en eventuell klagesak.

Hensynet til objektivitet kommer også inn her. Det vil prinsipielt sett ikke være noe i veien for at den som blir berettiget innsyn i en anskaffelsesprosess får en muntlig gjennomgang av sakens ulike trinn fra oppdragsgiver. Man vil imidlertid lett havne i en situasjon der man trekker oppdragsgivers påstander i tvil, særlig dersom anskaffelsen er

¹¹⁸ Dragsten (2005) s. 224

omtvistet. Dermed vil man stå i fare for å bryte med målsetningen i offanskl. § 1 om allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

På bakgrunn av dette må det kunne kreves at viktige hendelser i anskaffelsesprosessen må nedtegnes skriftlig. I KOFA-sak 2005/90, premiss 26 uttalte klagenemda at mangel på skriftlig dokumentasjon strider mot kravene til forutsigbarhet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i offanskl. § 5. Om nedtegnelsene gjøres i en formalisert protokoll eller på annen måte, kan imidlertid ikke være av betydning. Det vesentlige er at det er mulig for andre enn oppdragsgiver å forstå hva som har skjedd underveis i prosessen. Dette var også klagenemdas oppfatning i KOFA-sak 2007/20, premiss 35:

”For anskaffelser som ikke følger forskriftens regler, er det ingen plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. Klagenemda vil imidlertid bemerke at selv om det ikke stilles krav til protokollføring, må oppdragsgiver i medhold av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet sikre en rimelig grad av dokumentasjon fra anskaffelsesprosessen.”

5.4.2 Offentlighet, taushetsplikt og habilitet

For anskaffelser som er unntatt anskaffelsesforskriften, vil det være annet regelverk som regulerer offentlighet, taushetsplikt og habilitet, herunder bruk av rådgivere. Først og fremst vil dette være forvaltningsloven og offentleglova. Jeg vil komme tilbake til dette i kapittel 5.5.

Regler om innsynsrett i sakens dokumenter og habilitet kan også utledes av kravene til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og objektivitet i offanskl. § 5. Det vil imidlertid være en skjønnsmessig vurdering hvor langt disse kravene kan strekkes. I KOFA-sak 2007/20 uttalte klagenemda i premiss 36 at det måtte være et minstekrav at det ble gitt innsyn i den valgte leverandørens totalpris. I praksis vil det neppe være store forskjeller på disse områdene for ordinære anskaffelser og anskaffelser som omfattes av en unntaksbestemmelse.

5.4.3 Anskaffelsesprosedyre

Valg av anskaffelsesprosedyre vil for kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften, i stor grad være opp til oppdragsgiver. Det grunnleggende kravet er at anskaffelsen så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Hovedregelen er altså at det skal arrangeres konkurranse. Oppdragsgiver kan her velge om han vil avholde konkurranse etter reglene i anskaffelsesforskriften del II eller III, eller om han kan ivareta konkurransekravet på annen måte. Dette må vurderes for hver enkelt anskaffelse.

Et alternativ til tradisjonell anbudskonkurranse er en prosess der oppdragsgiver er mer aktiv. Dersom det bare er noen få leverandører som vil være kvalifisert for oppdraget, kan det for eksempel være tilstrekkelig at oppdragsgiver innhenter priser og vilkår fra disse og foretar en vurdering av hvilket som vil være det økonomisk mest fordelaktige.¹¹⁹

Det vil ikke alltid være grunnlag for konkurranse for FOU-kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften. Innen enkelte fagområder vil det kanskje ikke være mer enn én aktuell leverandør. Dette kan være tilfellet for svært spesialiserte FOU-tjenester. Offanskl. åpner i slike tilfeller for at anskaffelsen kan foretas uten konkurranse. Denne muligheten må anses som svært snever. Det holder derfor ikke at det bare finnes én leverandør i lokalmiljøet, eller at oppdragsgiver ikke vet om mer enn én leverandør.

For kompliserte oppdrag kan det i mange tilfeller være behov for et svært tett samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør for å utarbeide en behovsspesifikasjon og planlegge utviklingsprosessen. Likevel må det anses som uakseptabelt å foreta en anskaffelse uten noe konkurranseelement dersom det finnes flere likeverdige aktører i markedet. I KOFA-sak 2003/243 var det klart at den innklagede anskaffelsen var unntatt anskaffelsesforskriften. Klagenemda kom til at oppdragsgiver hadde brutt kravet om konkurranse da denne valgte å inngå avtale med en leverandør uten at det på forhånd hadde blitt avholdt konkurranse.

¹¹⁹ Dragsten (2005) s. 224

I denne sammenhengen kan det være nyttig å skjele til anskaffelsesforskriften § 3-1 (5), der det kreves at konkurranse skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. Uten at man skal lese for mye ut av denne bestemmelsen i forhold til anskaffelser som er unntatt forskriften, er det naturlig at prinsippet om forholdsmessighet som kommer til uttrykk her, bør gjelde for alle typer anskaffelser. Store og kostbare anskaffelser krever som regel mer omfattende bruk av offentlige midler enn mindre anskaffelser vil gjøre. Dette innebærer at konkurransekravet skjerpes. Dette synet støttes av klagenemda i KOFA-sak 2009/1, premiss 75:

”Hensynet til konkurranse er mer tungtveiende desto større summer som blir unntatt fra konkurranse.”

5.4.4 Konkurransesgrunnlag

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at det må utarbeides regler for gjennomføringen av anskaffelsen. Dersom oppdragsgiver ikke på forhånd kan angi hvordan prosessen skal foregå, vil det være tilnærmet umulig for en potensiell leverandør å forholde seg til den. Selv for anskaffelser som ikke er omfattet av anskaffelsesforskriften, må det oppstilles et krav om at spillereglene gjøres kjent for alle aktuelle leverandører. Under en forsknings- og utviklingsprosess vil man ikke alltid ha full oversikt over løpende behov. Oppdragsgiver som foretar en forsknings- og utviklingsanskaffelse, har imidlertid et definert behov som skal dekkes. Det vil derfor ikke være urimelig tyngende å kreve visse forberedelser fra oppdragsgivers side.

Forutberegnelighetskravet kan ikke anses å være oppfylt uten at det blir utarbeidet en spesifikasjon av anskaffelsen, samt beskrivelse av hva som kreves av leverandørene, hvordan tilbud skal utformes og hvilke frister som gjelder. I dette ligger det at også anskaffelsesprosedyren skal oppgis, slik at potensielle leverandører kan få opplysning om spillereglene. På samme måte som ved utforming av konkurransegrunnlag etter anskaffelsesforskriften, må også kriteriene for tildeling av kontrakt oppgis. Uten slik dokumentasjon vil det også bli vanskelig å etterprøve lovligheten av anskaffelsen og eventuelt angripe prosedyren. I KOFA-sak 2007/21, premiss 17, kom klagenemda til at innklagede ikke hadde brutt forutberegnelighetskravet ved ikke å oppgi tildelingskriterier til leverandørene som var invitert til å delta i konkurransen.

5.4.5 Frister

Når kontrakten er unntatt anskaffelsesforskriften, vil oppdragsgiver stå relativt fritt med hensyn til fastsettelse av frister for forespørsel om deltakelse, samt innlevering og vedståelse av tilbud, jfr. klagenemdas uttalelse i KOFA-sak 2007/26, premiss 17.

Hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier imidlertid at slik frist må oppgis på en klar og entydig måte. For å unngå forskjellsbehandling av leverandørene, må forespørsels- og innleveringsfrister dessuten være så lange at det er mulig for leverandørene å forholde seg til dem. Frister som er vesentlig kortere enn de som er angitt i anskaffelsesforskriften, skal derfor begrunnes, jfr. KOFA-sak 2007/26, premiss 19.

5.4.6 Kunngjøring

Dersom et unntak fra anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse, kan det foretas direkte anskaffelse.¹²⁰ Det vil si at anskaffelsen vil være unntatt kunngjøringsreglene i anskaffelsesforskriften. Dette kan utledes fra offanskl. § 7b første ledd, og var også klagenemdas oppfatning i KOFA-sak 2009/230, premiss 71. Med bakgrunn i EØS-avtalens krav om de fire friheter, kan det imidlertid kreves kunngjøring av anskaffelser som har eller potensielt kan ha et grenseoverskridende element, jfr. EU-domstolens uttalelse i sak C-458/03, premiss 55. Dersom det ikke foreligger et grenseoverskridende element, kan det imidlertid være tilstrekkelig å invitere minst tre leverandører, slik det fremgår av anskaffelsesforskriften §§ 8-6 og 17-6. På denne måten kan kravet til konkurranse sikres, også for kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften. Oppdragsgivere kan imidlertid ikke bevisst utelukke leverandører som vil være likestilt med valgte leverandører, for eksempel med hensyn til kvalifikasjoner og

¹²⁰ Dragsten (2005) s. 223

gjennomføringsevne. Dette vil være i strid med kravet om objektive og ikke-diskriminerende kriterier.¹²¹

Et krav til en viss grad av offentliggjøring kan også utledes av kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling. Dette fremgår av EU-domstolens sak C-324/07, premiss 25. Oppdragsgiver må sikre at potensielle leverandører får informasjon om den forestående anskaffelsen. EU-domstolen uttalte i sak C-423/07, premiss 58, at kunngjøringen skal inneholde tilstrekkelig informasjon til at normalt opplyste, erfarne og rimelig omhyggelige leverandører skal kunne danne seg en konkret forestilling om oppdraget og få mulighet til å fremsette tilbud.

For en del FOU-tjenester er det relativt enkelt å få oversikt over potensielle leverandører, ettersom det ofte er få miljøer som innehar den relevante kompetansen. For andre oppdrag kan bildet være mer uoversiktlig. En oppdragsgiver som velger å bruke andre former for kunngjøring enn det som fremgår av anskaffelsesforskriften, vil selv ha ansvar for å sørge for at kvalifiserte leverandører i EØS-området får lik mulighet til å vurdere om de skal levere tilbud.

5.4.7 Evaluering av tilbud og valg av leverandør

Det kan ikke oppstilles spesifikke krav til saksgangen ved behandlingen av tilbud fra leverandørene, så lenge oppdragsgiver sørger for å ivareta de grunnleggende kravene i offanskl. § 5. Dette innebærer at prosessen må foregå på en objektiv og ikke-diskriminerende måte. Dersom oppdragsgiver velger å gjennomføre en åpen konkurranse, vil hensynet til likebehandling tilsi at alle innkomne tilbud må vurderes.

For FOU-kontrakter kan det være særlig aktuelt å gå i dialog med de best kvalifiserte leverandørene underveis for bedre tilpasning av tilbudet til behovet. Eventuell dialog eller forhandling må da gjennomføres på en slik måte at det ikke virker konkurransevridende. Det vil derfor være aktuelt å gjennomføre en slik prosess på en standardisert måte som sikrer lik deltakelse og informasjonsflyt. For å sikre

¹²¹ FAD (2006) s. 122

gjennomsiktighet og etterprøvbarhet må oppdragsgiver på forhånd klargjøre hvordan dette skal gjennomføres.

Valg av leverandør må være egnet til å innfri formålet for anskaffelsesreglene. Gjennom anskaffelsen skal oppdragsgiver dermed sikre mest mulig effektiv ressursbruk, jfr. offanskl. § 1. Kostnader vil derfor være et viktig tildelingskriterium. Oppdragsgivers krav skal være egnet til å velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig. EU-domstolen uttalte i sak C-513/99, premiss 59, at oppdragsgiver ikke kan velge kriterier som ikke er relatert til dette målet. Det må dessuten kreves at tildelingskriteriene har tilknytning til anskaffelsen.

Tildelingskriteriene må for øvrig gå klart frem av konkurransegrunnlaget, slik at leverandørene vet hva oppdragsgiver vil legge vekt på. Forutberegnelighetskravet vil dessuten medføre at oppdragsgiver ikke kan vektlegge andre forhold enn det som er oppgitt til leverandørene på forhånd, jfr. KOFA-sak 2003/119.

For å innfri kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, må man kunne kreve at leverandørenes tilbud kan rangeres på en oversiktlig måte. KOFA uttalte i sak 2007/130, premiss 30 at det skal benyttes

”en evalueringsmodell som fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene, og premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt.”

Det er imidlertid ikke krav om at oppdragsgiver skal regne ut et poenggjennomsnitt basert på rangering av underkriterier, jfr. premiss 32. Det sentrale her vil være at enhver som får innsyn, har mulighet til å forstå hvorfor en bestemt leverandør ble valgt.

Vektingen kan ikke endres underveis i anskaffelsesprosessen, jfr. klagenemndas uttalelse i KOFA-sak 2010/336, premiss 37:

”Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/4 premiss (34) og 2009/98 premiss (28).”

5.4.8 Avvisning av leverandør

En leverandør som ikke er rettighetshaver etter offanskl. § 4 må avvises av oppdragsgiver. Dette innebærer ikke at leverandøren må være en privat aktør. Også offentlige virksomheter kan være rettighetshavere, dersom de er et lovlig etablert foretak, jfr. KOFA-sak 2010/336, premiss 46-47. Leverandører som er så nært tilknyttet oppdragsgiver at det kan stilles spørsmålstegn om dennes habilitet, skal imidlertid avvises av hensyn til målet om at det offentlige opptre med stor integritet, jfr. offanskl. § 1.

Kravet om likebehandling tilsier dessuten at en oppdragsgiver skal avvise tilbud som avviker materielt fra konkurransegrunnlaget. Det må oppstilles et krav om at avviket vil kunne forrykke konkurransen, jfr. KOFA-sak 2010/336, premiss 57. I KOFA-sak 2003/146 hadde en leverandør bare kommet med tilbud på en del av det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemda kom til at leverandøren skulle ha vært avvist.

En leverandør som ikke er kvalifisert til å levere tjenesten skal avvises. Ellers risikerer man at målet om effektiv ressursbruk i offanskl. § 1 ikke kan innfris. Manglende dokumentasjon på at leverandøren oppfyller et kvalifikasjonskrav vil imidlertid ikke i seg selv være tilstrekkelig avvisningsgrunn. Oppdragsgiver har i slike tilfeller plikt til å foreta en vurdering av om leverandøren likevel oppfyller kravet. Dette følger av likebehandlingsprinsippet, jfr. KOFA-sak 2007/111, premiss 51.

Hensynet til at allmennheten skal ha tillit til at det offentlige opptre med stor integritet (offanskl. § 1) tilsier at oppdragsgiver skal avvise en leverandør dersom det er kjent at denne er dømt for økonomisk kriminalitet av en art som kan bidra til å svekke tilliten til anskaffelsesprosessen. I anskaffelsesforskriften §§ 11-10 første ledd bokstav e og 20-12 første ledd bokstav e opplistes de former for kriminalitet som vil være aktuelle; deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger. Det er ikke grunnlag for å vurdere dette annerledes for kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften.

5.4.9 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

Oppdragsgiver må begrunne sitt valg av leverandør. Dette følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. For å kunne vurdere om oppdragsgiver har brutt forbudet mot forskjellsbehandling ved tildeling av en kontrakt, må det være mulig å få tilgang til de vurderinger som ligger til grunn for oppdragsgivers valg av leverandør. Dermed må man også kunne pålegge oppdragsgiver å utforme en begrunnelse for valget, jfr. KOFA-sak 2005/311, premiss 18. Begrunnelsen må være tilstrekkelig detaljert til at øvrige tilbydere skal kunne forstå hvorfor de ikke ble valgt. Det holder ikke å skrive at leverandøren ble valgt på bakgrunn av en helhetsvurdering, jfr. KOFA-sak 2008/39, premiss 86.

5.4.10 Klagebehandling

Retten til å påklage en anskaffelsesprosess fremgår av offanskl. Dette innebærer at også anskaffelser som er unntatt anskaffelsesforskriften, kan angripes. Etter lovendringen som ble vedtatt av Stortinget 27. mars 2012, har håndhevelsesreglene blitt mer detaljerte. Disse behandles nedenfor i kapittel 5.9.

Som alternativ til eller i forkant av et søksmål, kan en leverandør velge å bringe saken til rådgivende behandling i KOFA. Enhver som har saklig interesse kan få en sak behandlet av KOFA dersom klagen fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, jfr. klagenemdforskriften § 6 annet ledd. Bevisfremleggelsen foregår ved skriftlig korrespondanse, mens klagenemdas rådslagning foregår i møte, jfr §§ 10-12. Oppdragsgiver har i henhold til § 2 plikt til å delta i KOFAs klagebehandling. Klagen har imidlertid ikke oppsettende virkning, jfr. § 8 første ledd.

5.4.11 Andre krav

Kravet til likebehandling vil innebære at valgte kommunikasjonsmidler må gi like betingelser for alle leverandører. Dette innebærer at kommunikasjonsmidler være allment tilgjengelige og brukes på en ikke-diskriminerende måte.

Forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet setter skranker for hvordan man kan gjennomføre anskaffelsesprosessen. Anskaffelsesforskriften § 3-9 tillater imidlertid bruk av norsk som hovedspråk. Anledningen til å gjøre unntak der dette er saklig og objektivt begrunnet, vil kunne godtgjøre tilsvarende språklig diskriminering for anskaffelser som er unntatt forskriften.¹²²

Bruk av standarder og tekniske spesifikasjoner som virkemiddel for å hindre konkurranse, vil være uakseptable. Imidlertid kan det tenkes at oppdragsgiver for eksempel ved anskaffelse av FOU-tjenester, vil ha behov for helt spesielle løsninger som ikke alle leverandører kan skaffe. Oppdragsgiver må her ikke være så rigid at det ikke åpnes for flere mulige løsninger på en problemstilling, men man må også kunne tillate noe romslighet ved slike spesielle behov. Det må derfor oppstilles et krav om saklig begrunnelse for å kreve så spesifikke løsninger at konkurransen i praksis blir hindret.

Under planleggingen av anskaffelsen må oppdragsgivere som er omfattet av offanskl. ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljø, jfr. § 6. Ettersom anskaffelsens sentrale punkt her vil være selve utviklingsprosessen, kommer det endelige produktet noe i bakgrunnen. Oppdragsgiver må imidlertid kunne planlegge noe fremover, slik at man ikke helt glemmer fremtidige driftskostnader, bruksområder eller miljøkonsekvenser. Det kan derfor være aktuelt å innta disse hensynene inn i kravspesifikasjonen. Dermed kan leverandørene pålegges å foreta vurderinger av dette i sine tilbud.

5.5 Forholdet til annet regelverk, herunder forvaltningsloven og offentleglova

Unntaket fra anskaffelsesforskriften unntar ikke oppdragsgiver fra bestemmelser som er gitt i eller i medhold av andre lover. Dette innebærer at reglene i forvaltningsloven med forskrifter gjelder for oppdragsgiver som er forvaltningsorgan. Dette var også forutsatt i NOU 1997:21:

”Forvaltningsloven kommer til anvendelse på offentlige anskaffelser i den grad

¹²² FAD 2006 s. 62

det anskaffende organ regnes som et forvaltningsorgan, jf lovens § 1. Et forvaltningsorgan er etter forvaltningsloven ethvert organ for stat eller kommune.”¹²³

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) gjelder tilsvarende for kommuner og fylkeskommuner.

Forvaltningsregelverket har blant annet bestemmelser om habilitet, taushetsplikt, partsinnsyn, saksbehandling og vedtak. Dermed vil det være naturlig å tanke seg at man for eksempel kunne pålegge slike oppdragsgivere å utforme skriftlig vedtak med begrunnelse for valg av leverandør i medhold av forvaltningsloven §§ 23-25. I Ot. prp. nr. 71 (1997-98) uttalte imidlertid departementet følgende:

”Anskaffelser regnes imidlertid normalt som forretningsførsel og ikke som myndighetsutøvelse, hvilket gjør at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse ved anskaffelser.”¹²⁴

Følger man dette synet, vil det medføre at anskaffelser som er foretatt som et ledd i myndighetsutøvelse, skal følge forvaltningslovens regler som enkeltvedtak. For øvrige anskaffelser vil det bare være forvaltningslovens alminnelige bestemmelser om saksbehandling og habilitet som kommer til anvendelse.

Likeledes vil offentleglova som hovedregel gjelde for unntaksanskaffelsene. Offentleglovas virkeområde omfatter stat, kommune, fylkeskommune og selvstendige rettssubjekter som det offentlige har eierskaps- eller styrekontroll over. Det vil etter offentleglova § 3 ikke være anledning til å nekte innsyn i dokumenter som ikke er taushetsbelagt. Det er heller ikke tillatt å forskjellsbehandle potensielle leverandører når det gjelder å få tilgang til informasjon, jfr. offentleglova § 6. Imidlertid kan tilbud og protokoll unntas offentlighet frem til leverandør er valgt, jfr. offentleglova § 23 tredje ledd. Videre skal opplysninger om en leverandør som kan ha konkurransemessig

¹²³ s. 129

¹²⁴ kapittel 3.2.4

betydning eller som må regnes for å være en forretningshemmelighet unntas offentlighet i medhold av forvaltningsloven § 13.

Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter gjelder som hovedregel for alle rettsakter som er omfattet av EØS-avtalen. Dette innebærer at disse reglene må følges for anskaffelser som er unntatt anskaffelsesforskriften.

5.6 Forholdet til statsstøttereglene

EØS-avtalen artikkel 61 (1) forbyr statsstøtte. Bakgrunnen for dette er EUs mål om de fire friheter. Dersom det ikke er like konkurransevilkår for nasjonale og internasjonale aktører, vil ikke det indre markedet fungere optimalt. Derfor har EU-domstolen lagt betydelig vekt på likebehandlingsprinsippet, blant annet i Sml. 1974 s. 709, Italia mot Kommisjonen.

Det finnes unntak fra statsstøtteforbudet. Vilkårene for dette skal sikre at støttetiltakene er forenlige med EØS-avtalens formål.¹²⁵ Blant annet kan det tillates statsstøtte for å fremme økonomisk utvikling i områder med lav levestandard eller høy arbeidsledighet, realisere et viktig felles europeisk prosjekt, eller lette utviklingen av enkelte næringer.¹²⁶ Disse unntakene må ikke tolkes for vidt. Det som er av betydning, er om statsstøtten fører til en uheldig konkurransevridning som ikke kan sies å være forenlig med EØS-avtalens formål og øvrige bestemmelser.

Statsstøtte til grunnforskning, industriell forskning og eksperimentell utvikling kan godtas, dersom støtten er meldt til og godkjent av ESA.¹²⁷ En EFTA-stat som ønsker å bruke statsstøtte til forsknings- og utviklingsformål, må vise at dette vil være den beste måten å fremme forskning og utvikling på. Det må derfor kreves at det gjøres grundige

¹²⁵ EØS-rett (2004) s. 581

¹²⁶ EØS-avtalen art 61 (3) bokstav a-c

¹²⁷ ESA (2012) kapittel 5.1.1, avsnitt 71

undersøkelser i forkant av en beslutning om statsstøtte. I ESAs retningslinjer for statsstøtte til forskning og utvikling, uttales følgende:

“The Authority considers that as a result of aid, R&D&I activity should be increased in size, scope, amount spent or speed. Incentive effect is identified by counterfactual analysis, comparing the levels of intended activity with aid and without aid. EFTA States must clearly demonstrate how they intend to ensure that the incentive effect is present.”¹²⁸

Et samarbeidsprosjekt mellom offentlige forskningsinstitusjoner og private næringsdrivende kan unntas statsstøttereglene dersom det er fullt ut betalt av den private aktøren, opphavsrettighetene fullt ut tildeles forskningsinstitusjonen eller den næringsdrivende betaler forskningsinstitusjonen tilsvarende verdien av opphavsrettighetene.¹²⁹ Det samme kan være tilfellet dersom opphavsrettighetene blir fordelt mellom partene ut fra interesseområde, innsats og økonomiske bidrag, eller dersom resultater fra forskning som ikke genererer opphavsrettigheter, blir offentliggjort til nytte for flere enn partene.¹³⁰

Dersom oppdragsgiver gjennomfører konkurranse etter anskaffelsesforskriften, antar Fornyings- og administrasjonsdepartementet at det ikke kan påberopes ulovlig statsstøtte.¹³¹ Det er også rimelig å anta at oppdragsgiver handler i tråd med EØS-avtalen dersom de grunnleggende kravene i offanskl. § 5 innfris på en tilfredsstillende måte. Det må likevel være slik at oppdragsgiver har ansvar for å dokumentere at det ikke foreligger ulovlig statsstøtte dersom det for eksempel ikke er mulig å gjennomføre konkurranse.

¹²⁸ kapittel 1.3.4, avsnitt 21

¹²⁹ ESA (2012) kapittel 3.2.2., avsnitt 63

¹³⁰ ESA (2012) kapittel 3.2.2., avsnitt 63-64

¹³¹ FAD (2006) s. 25

5.7 FOU-kontrakter som ikke omfattes av unntaksbestemmelsen

FOU-tjenester som ikke tilfredsstiller kravene i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g, samt FOU-kontrakter om varer, bygg eller anlegg, kan ikke omfattes av unntaksbestemmelsen.

I KOFA-sak 2004/45 kom klagenemda til at en intensjon om levering av flere CD-plater fra en leverandør dersom ekstern finansiering kunne skaffes, ikke kunne anses som at oppdragsgiver ikke fullt ut betalte for tjenesten. Nemda mente også at leveransen fullt ut tilfalt oppdragsgiver til dennes bruk, til tross for at programvaren potensielt kunne komme til nytte for leverandøren og andre på et senere tidspunkt. Dette ble begrunnet med at også andre anskaffelser med et tilvirkningselement vil kunne ha en slik mulig fremtidig nytteverdi for andre enn oppdragsgiver.

Konsekvensen av at kontrakten ikke kan unntas, er at anskaffelsesforskriftens regler kommer til anvendelse. Det finnes imidlertid særlige løsninger for mange FOU-kontrakter:

En kontrakt om FOU-tjenester som fullt ut er betalt av oppdragsgiver og fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet, regnes for å være en prioritert tjeneste, jfr. anskaffelsesforskriften vedlegg 5 kategori 8. For slike kontrakter skal forskriftens del III anvendes dersom EØS-terskelverdien overskrides, og del II ved lavere anslått verdi, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-1 (2) og (4).

Varekontrakter kan inngås ved konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom varene utelukkende skal produseres med forskning, eksperimentering, undersøkelse eller utvikling for øye, jfr. anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav e.

Der bygge- og anleggsarbeidet er hovedelementet i kontrakten, vil den ikke kunne unntas fra anskaffelsesprosedyrene i forskriften. Det gis imidlertid åpning for å benytte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for slike kontrakter dersom

arbeidene utføres utelukkende til forsknings-, forsøks- eller utviklingsformål, jfr. anskaffelsesforskriften § 14-3 bokstav d.

5.8 Avtaler om rådgivning, utredninger og kartlegging

Kunnskapsbaserte tjenester som rådgiving, utredninger og kartlegging faller utenfor forsknings- og utviklingsbegrepet fordi de ikke innebærer noe forsknings- eller utviklingselement. Dette gjelder selv om det er forskere eller forskningsmiljøer som står for utøvelse av tjenesten. Til slike oppgaver kreves ofte betydelig innsikt i de angjeldende problemstillinger, for å kunne trekke konklusjoner eller komme med konkrete råd. Også det å lage en kortfattet og forståelig sammenfatning av et tema kan være svært vanskelig dersom ikke leverandøren selv har inngående kunnskap på området. Man skulle derfor tro at rådgivings-, utrednings- og kartleggingstjenester kunne anses som en forlengelse av en forskningsaktivitet og dermed regnes som forskning og utvikling.

Likeledes kan det tenkes at kartlegging av en problemstilling kan frembringe ny kunnskap som er nødvendig for videre arbeid med temaet. Mye forskning innebærer et betydelig element av datainnsamling, systematisering og sammenligning med tidligere resultater. Det kan derfor fortone seg noe merkelig at man har foretatt denne avgrensningen mellom FOU-tjenester og annen beslektet virksomhet. Imidlertid må dette sees i sammenheng med formålet for anskaffelsesregelverket om mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Av dette følger at unntak fra anskaffelsesreglene ikke må favne for vidt. Dersom unntaksbestemmelsene ikke holdes innenfor snevre rammer, vil man lett kunne havne i en situasjon der det kan sås tvil om offentlige midler brukes på en fornuftig måte. Mange unntak vil dessuten bidra til å gjøre anskaffelsesregelverket mer uoversiktlig.

Dermed havner forsknings- og utviklingsrelaterte tjenester i samme kategori som andre typer tjenester, slik at anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse på disse. Foruten å skilles fra forsknings- og utviklingsaktivitet fordi tjenestene ikke direkte bidrar til utvikling av kompetanse eller teknologi, kan rådgiving, utredning og kartlegging

defineres gjennom sitt slektskap med andre tjenester. En rekke tjenester som uten tvil kommer inn under anskaffelsesforskriften, kan kreve vel stå stor kompetanse og grundig forarbeid. Eksempler på dette er IT-tjenester, regnskap og revisjon.

Feller for tjenester som ikke oppfyller kriteriene til et av anskaffelsesforskriftens unntak, er at forskriftens bestemmelser fullt ut kommer til anvendelse. Hvilket regelsett som gjelder for slike anskaffelser, avhenger av om de kategoriseres som prioriterte eller uprioriterte tjenester. Dette er kort behandlet ovenfor.

5.9 Konsekvenser av at unntaksregelen for FOU-kontrakter benyttes uten hjemmel

I dette kapittelet vil jeg legge Stortingets vedtak av 27. mars 2012 om endringer i offanskl. til grunn for drøftingen, selv om endringsloven foreløpig ikke har trådt i kraft.¹³²

Det er anledning til å reise søksmål for tingretten mot en oppdragsgiver som urettmessig benytter seg av unntaksregelen i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g, jfr. offanskl. § 7 første ledd (§ 8 etter lovendringen). Det vil være rettighetshavere etter loven som har rettslig klageinteresse i denne sammenhengen, jfr. offanskl. § 4. I praksis vil dette omfatte leverandører som mener seg forbigått, diskriminert, utelukket eller på annen måte feilaktig behandlet i anskaffelsesprosessen.

Før kontrakt er inngått, kan domstolen forhindre at en leverandør blir skadelidende ved å tilsidesette beslutninger som oppdragsgiver har foretatt i strid med regelverket, jfr. offanskl. § 7 (§ 8 etter lovendringen). Dersom oppdragsgiver har igangsatt en anskaffelsesprosess som om tjenesten er unntatt anskaffelsesforskriften selv om den ikke er det, kan domstolen altså tilbakestille prosessen slik at oppdragsgiver må foreta de nødvendige trinn for å oppfylle kravene i forskriften. Midlertidig forføyning kan ikke begjæres dersom kontrakten allerede er inngått, jf. offanskl. § 8 første ledd (§ 9 etter lovendringen).

¹³² Lovvedtak 46 (2011-2012)

Med lovendringen vil EUs håndhevelsesdirektiv, 2007/66/EF, implementeres i norsk rett. Et av hovedelementene i direktivet er nye sanksjonsmuligheter som innebærer at retten plikter å kjenne en inngått kontrakt uten virkning ved alvorlige brudd på regelverket.¹³³ Dette er inntatt i ny § 13 i offanskl. FOU-tjenester som ikke er unntatt anskaffelsesforskriften, er prioriterte tjenester, jfr. anskaffelsesforskriften vedlegg 5, kategori 8. Slike anskaffelser vil dermed omfattes av dette når verdien er over EØS-terskelverdien, jfr. ny § 13 første ledd bokstav a i offanskl. Terskelverdien for disse er 1,6 millioner kroner ekskl. mva, jfr. anskaffelsesforskriften § 2-2 (1) og (2). Det er sannsynlig at de fleste FOU-kontrakter vil komme over terskelverdien.

Kontrakten kan i følge ny § 13 første ledd bokstav b i offanskl. kjennes uten virkning dersom oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning i strid med regelverket eller foretatt andre regelverksbrudd som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten. Med det siste alternative vilkåret følger tilleggsvilkår om at oppdragsgiver samtidig har brutt bestemmelser om karenstperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelse.

Ulovlig direkte anskaffelse innebærer at anskaffelsen ikke er kunngjort i henhold til reglene i forskrift, jfr. offanskl. § 7b første ledd. Denne bestemmelsen oppheves med lovendringen, men betydningen av begrepet fremgår likevel av øvrige håndhevelsesbestemmelser, for eksempel den nye § 13 annet ledd, samt den nye § 15 femte ledd. Kontrakter som er omfattet av anskaffelsesforskriftens del II eller III skal som hovedregel kunngjøres.

Dette medfører at en oppdragsgiver som inngår en FOU-kontrakt som om den er unntatt fra anskaffelsesforskriften, kan få kontrakten kjent ugyldig dersom vilkårene for unntaksbestemmelsen ikke er oppfylt. Med gjeldende regelverk vil oppdragsgiver kunne ilegges overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelse, jfr. offanskl. § 7b. Innføringen av en plikt til å kjenne kontrakten ugyldig når vilkårene for dette er oppfylt,

¹³³ NOU 2010: 2 s. 40

er imidlertid ikke forenlig med muligheten til å ilegge overtredelsesgebyr for det samme forholdet. Dette kan dels begrunnes med at en slik reaksjon vil være uforholdsmessig, dels med forbudet mot dobbeltstraff i den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, EMK, protokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1.¹³⁴

Ordningen med overtredelsesgebyr for prioriterte tjenester blir derfor etter lovendringen innskrenket til å gjelde når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser nødvendiggjør at kontrakten opprettholdes, når Norges sikkerhetsinteresser trues av at kontrakten kjennes uten virkning eller når oppdragsgivers brudd på reglene om karenperiode og suspensjon ikke omfattes av den nye § 13. For FOU-kontrakter vil de to førstnevnte alternative vilkårene neppe bli oppfylt. Hensynet til allmennhetens interesser må her veies opp mot hensynet til å innfri formålene i offanskl., slik at anskaffelsesregelverket ikke uthules. I NOU 2010: 2 forutsettes en snever tolkning av begrepet, for eksempel å ivareta liv, helse eller sikkerhet, eller å unngå store samfunnsmessige konsekvenser av at en kontrakt kjennes uten virkning.¹³⁵ Det vil nok være ytterst sjelden at et forsknings- og utviklingsprosjekt har en så essensiell betydning at det vil falle inn i denne kategorien. Likeledes er det lite trolig at en tidsmessig utsettelse av et slikt prosjekt vil true nasjonal sikkerhet.

Ileggelse av overtredelsesgebyr vil derfor i praksis bare være aktuelt når den nye § 14 første ledd bokstav a nr. 2, er oppfylt, samt i de tilfellene der kontraktens verdi ikke overstiger terskelverdiene, jfr. bokstav b. Retten kan i stedet for eller i tillegg til å ilegge overtredelsesgebyr, avkorte kontraktens løpetid, jfr. den nye § 14 første og femte ledd.

Kontrakter om tjenester som ikke er forskning og utvikling, for eksempel rådgivning, utredninger og kartlegging, kan etter sin art være uprioriterte, jfr. anskaffelsesforskriften vedlegg 6. For disse vil hovedregelen være at retten kan ilegge overtredelsesgebyr når oppdragsgiver har handlet i strid med regelverket, jfr. ny § 14 annet ledd i offanskl.

¹³⁴ Prop. 12 L (2011-2012) s. 39

¹³⁵ s. 171 og 234

En oppdragsgiver som har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan til en viss grad avbøte dette med å kunngjøre at det vil bli inngått en kontrakt, og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen, jfr. ny § 13 annet ledd og ny § 14 fjerde ledd i offanskl. Da kan oppdragsgiver unngå sanksjoner. Dette skyldes at oppdragsgiver med denne såkalte intensjonskunngjøringen kan ivareta det grunnleggende kravet om gjennomsiktighet, slik at leverandører kan vurdere om de ønsker å reise søksmål for å stoppe kontraktsinngåelsen.¹³⁶

Øvrige regelbrudd kan ikke avbøtes på samme måte dersom kontrakten er inngått. Derfor er retten i slike tilfeller pliktig å idømme de sanksjoner som fremgår av loven. Imidlertid kan retten etter den nye § 13 fjerde ledd i offanskl. velge mellom å kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse eller å kjenne kontrakten uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse. Utfallet vil bero på hvor langt leverandøren har kommet i forsknings- eller utviklingsprosessen. Et annet moment kan være om det vil være mulig for en ny leverandør å fortsette der den første slapp, uten at dette legger urimelige begrensninger på deltakerne i en ny anbudskonkurranse. For regelbrudd som behandles etter den nye § 14, vil retten ved vurderingen av om det skal idømmes overtredelsesgebyr eller avkorting av kontraktens løpetid, blant annet kunne legge vekt på om det er sannsynlig om oppdragsgiver vil utlyse ny konkurranse.¹³⁷

5.10 Fordeler og ulemper med unntaksregelen i § 1-3 (2) bokstav g

Den viktigste fordelen med unntaksregelen for visse FOU-tjenester er sammenfallende med bestemmelsens formål; nemlig det at en enklere anskaffelsesprosess bidrar til å tilrettelegge for forskning med allmennnyttige formål. Det er i alles interesse at det er stor forskningsaktivitet her i landet og i EØS for øvrig. Teknologisk utvikling bidrar blant annet til å effektivisere produksjonsprosesser, skape nye produkter og øke tilgjengeligheten av produkter i markedet. Økt kunnskap om hvordan markeder fungerer, hvilke disposisjoner som samlet gir best samfunnsøkonomisk overskudd og hvordan folk samarbeider på tvers av grensene vil kunne munne ut i råd om hvordan

¹³⁶ NOU 2010: 2 s. 235

¹³⁷ NOU 2010: 2 s. 236

EØS-landene bør innrette seg for å forbedre EUs indre marked. Dessuten vil annen forskning, som for eksempel utvikling av vaksiner eller nye behandlingsformer for å bekjempe alvorlige sykdommer kunne gi økt velferd og deltakelse i samfunnet.

Når private og offentlige aktører arbeider sammen mot et felles mål, vil dette gi ringvirkninger i hele samfunnet. Kravet om allmenn nytte står sentralt her: Forskning eller utvikling som bare har verdi for oppdragsgiver vil i mindre grad bidra til de positive virkningene forskningen kan ha på markedet og samfunnet for øvrig.

Forsknings- og utviklingsaktiviteter som også kommer andre til nytte er bedre egnet til å ivareta målsetningen om å løfte kunnskaps- og teknologinivået i EØS-området. For eksempel vil utviklingen av en vaksine mot en smittsom fiskesykdom kunne gi økt overlevelse og dermed også overskudd i havbruksnæringen. Samtidig vil dette også gagne samfunnet ved at man får tilgang til et middel som kan hindre omfattende spredning av en sykdom til nye områder eller ville fiskebestander.

Imidlertid bidrar unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g, i likhet med de øvrige unntaksreglene, til at regelverket blir mer komplisert. Både for oppdragsgivere og leverandører er det viktig at anskaffelsesregelverket er så oversiktlig og forståelig som mulig. Selv om det er fornuftige og logiske årsaker til at en unntaks- eller særregel kommer i stand, vil det ikke nødvendigvis være enkelt å forholde seg til den. Når man leser anskaffelsesforskriften, mister man lett oversikten over saksgangen. Noe av grunnen til dette kan være at man kanskje lurte på om man har gått glipp av en regel som angir at man for den aktuelle anskaffelsen skal følge en annen prosedyre.

Det er heller ikke alltid lett å forstå om en kontrakt oppfyller kravene til unntaksbestemmelsen. Foreløpig er det lite som er skrevet om problemstillingene rundt FOU-kontrakter, og rettspraksis er sparsom. Noen praktisk viktige eksempler gis i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder fra 2006, men det gjenstår likevel en del før rettstilstanden er tilstrekkelig klar. For en uerfaren aktør, kan det derfor synes lett å trå feil. Dette gjelder særlig for store og kompliserte kontrakter, der det kan tenkes at de ulike elementene hver for seg kommer inn under forskjellige bestemmelser. Selv om det finnes noe rettspraksis på dette området, fremstår behandlingen av sammensatte kontrakter som noe uklar.

En annen viktig innsigelse mot bruk av unntaksbestemmelser er at det åpner for større usikkerhet omkring anskaffelsesprosessen. Dersom man ikke følger de detaljerte prosedyrene i anskaffelsesforskriften, må oppdragsgiver selv sørge for at leverandørenes rettssikkerhet ivaretas under anskaffelsesprosessen. Dette stiller store krav til oppdragsgivernes kompetanse på innkjøpsområdet, og det er ikke gitt at unntaket gjør anskaffelsesprosessen vesentlig enklere.

6 Avslutning/konklusjon

I denne oppgaven har jeg sett nærmere på anskaffelser som omfattes av unntaksbestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) og (3). Jeg har særlig undersøkt unntaket for visse FOU-tjenester i § 1-3 (2) bokstav g.

FOU-tjenester der oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet, vil være unntatt anskaffelsesforskriften. En slik tjeneste må innebære et element av forskning eller utvikling. Med dette menes at leverandøren må bidra til utvikling av kompetanse eller teknologi. Ren kartlegging, utredning eller faglig rådgivning basert på kunnskap som er kjent fra tidligere, vil ikke være omfattet av forsknings- og utviklingsbegrepet. Tilsvarende vil ikke andre FOU-kontrakter enn de som innfrir kravene i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav g kunne unntas. Dette skyldes at unntaksbestemmelsen må tolkes snevert, slik at anskaffelsesregelverket ikke utvannes.

Når en anskaffelse innfrir kravene til en unntaksbestemmelse angitt i anskaffelsesforskriften, vil hele anskaffelsesprosessen være unntatt de detaljerte reglene i forskriften. Oppdragsgiver kan likevel velge å følge forskriftens prosedyrer helt eller delvis. Dersom det kunngjøres at anskaffelsesforskriften vil ligge til grunn for anskaffelsen, vil oppdragsgiver være bundet av dette.

Det er klart at offanskl. vil gjelde fullt ut for alle anskaffelser som ikke uttrykkelig er unntatt fra loven. Den viktigste konsekvensen av dette er at oppdragsgiver er pålagt å innfri grunnleggende krav til anskaffelsen, slik de er nedfelt i offanskl. § 5. Dermed kan ikke oppdragsgiver unndra seg viktige prinsipper som likebehandling, objektivitet og gjennomsiktighet. Det skal også gjennomføres konkurranse så langt det er mulig. Kravene i offanskl. vil derfor medføre at det må stilles noen konkrete krav til anskaffelsesprosessen, som skriftlighet, utforming av konkurransegrunnlag, begrunnelsesplikt mv.

Videre vil kontrakter som er unntatt anskaffelsesforskriften, være underlagt annet regelverk som regulerer offentlig virksomhet. Dette gjelder for eksempel forvaltningsloven, offentleglova og EØS-avtalen. Mange av de prinsippene som er kodifisert i anskaffelsesforskriften, kan gjenfinnes i lover og forskrifter som oppdragsgiver må følge i all sin virksomhet.

En viktig fordel med unntaket fra anskaffelsesforskriften for de aktuelle forsknings- og utviklingstjenestene, er at man med dette kan styrke produksjon og industri i EØS-området, slik at aktører i EUs indre marked blir konkurransedyktige. Den største ulempen er at man ved ikke å følge anskaffelsesforskriften i større grad står i fare for å bryte viktige anbuds- og saksbehandlingsprinsipper.

7 Forkortelser

EFTA	European Free Trade Association
ESA	EFTA Surveillance Authority (EFTAs overvåkningsorgan)
EU	European Union (Den europeiske union)
EØS	Europeisk økonomisk samarbeidsområde
FAD	Fornyings- og administrasjonsdepartementet
FOU	Forskning og utvikling
KOFA	Klagenemd for offentlige anskaffelser
NHD	Nærings- og handelsdepartementet
NOU	Norges offentlige utredninger
OFU	Offentlig forsknings- og utviklingskontrakt
Ot. prp.	Odelstingsproposisjon
Prop. L	Proposisjon til Stortinget (lovvedtak)
Rt.	Norsk Retstidende
WTO	World Trade Organisation (Verdens handelsorganisasjon)

Litteraturliste

7.1 Litteratur

Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. 2. utg. London, 2005.

Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Esther. *Offentlige anskaffelser. Kommentarutgave. Bind I*. Oslo, 2005.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

EFTA Surveillance Authority. *EFTA Surveillance Authority at a glance*. Brüssel, 2012.
<http://www.eftasurv.int/about-the-authority/the-authority-at-a-glance/> (siteret 15.04.2012)

EFTA Surveillance Authority. *State aid guidelines. Part III, Aid for Research and Development and innovation*. Brüssel, 2012.
<http://www.eftasurv.int/?1=1&showLinkID=16599&1=1> (siteret 19.03.2012)

EØS-rett. Sejersted Fredrik et al. 2. utg. Oslo, 2004.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006.

Hov Jo *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*. 3. utg. Oslo, 2002.

Innovasjon Norge. *Forpliktende samarbeid er lønnsomt. Veileder til programmet for FOU-kontrakter (IFU/OFU-programmet)*. 2011.
<http://www.innovasjonnorge.no/PageFiles/4415/IFU-OFU%20-%20Veiledning%20til%20samarbeid.pdf?epslanguage=no> (siteret 20.03.2012)

Jusleksikon. Gisle Jon et al. 3. utg. Oslo, 2007.

Nærings- og handelsdepartementet. *Brev til Statens vegvesen*. Oslo, 7. januar 2002.
http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/andre-dokumenter/brev/utvalgte_brev/2002/regelverket-for-offentlige-anskaffelser.html?id=90867 (sitert 07.01.2012)

Nærings- og handelsdepartementet. *Fortolking av regelverket for offentlige anskaffelser – Prosjekt Bostedsløse*. Oslo, 11. juli 2003.
http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pdfv/220227-krd-prosjekt_bostedslose.pdf (sitert 28.02.2012)

Sosial- og helsedirektoratet, Deltasenteret. *Universell utforming i offentlige anskaffelser. Temaveileder til lov om offentlige anskaffelser*. Oslo, 2007.
http://www.bufetat.no/Documents/Bufetat.no/Bufdir/Deltasenteret/Publikasjoner/IS-1346_Universell_utforming_i_offentlige_anskaffelser.pdf (sitert 20.03.2012)

Steiner Josephine og Woods Lorna *EU Law*. 10. utg. Oxford, 2009.

7.2 Lover, forskrifter og forarbeider

7.2.1 Lover

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 00.
- 1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 1999 Lov om offentlige anskaffelser (offanskl.) av 16. juli 1999 nr. 69.
- 2006 Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006 nr. 16.

- 2007 Lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser av 21. desember 2007 nr. 121.
- 2009 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2.

7.2.2 Forskrifter

- 1992 Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter av 4. desember 1992 nr. 910.
- 2002 Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser (klagenemdforskriften) 15. november 2002 nr. 1288.
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 7. april 2006 nr 402.
- 2006 Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403.

7.2.3 Internasjonale avtaler

EMK	Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 4. november 1950
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 2. mai 1992
TFEU	Traktaten om den europeiske unions funksjonsområde, Roma 30. mars 2010
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
WTO-avtalen	WTO-avtalen om offentlige innkjøp, Marrakesh 15. april 1994

7.2.4 EU-direktiver

- Rdir 89/665 EØF Rådets direktiv nr. 89/665 EØF af 21. desember 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkjøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor)
- Rdir 92/50/EØF Rådets direktiv nr. 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (tjenestedirektivet)
- EP/Rdir 2004/18/EF Europa-parlamentets og rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor)
- EP/Rdir 2007/66/EF Europa-parlamentets og rådets direktiv nr. 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv)

7.2.5 Forarbejder

- Lovvedtak 46 (2011–2012) Vedtak til lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)
- NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser
- NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser
- Ot. prp. nr. 71 (1997-98) Om lov om offentlige anskaffelser
- Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Prop. 12 L (2011-2012) Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

7.3 Domsregister

7.3.1 Rettsavgjørelser

Rt. 2001 s. 1062 (Nucleusdommen)

Rt. 2008 s. 1705

7.3.2 EU-domstolen

Sag C-173/73 Den Italienske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Saml. 1974 00709

Sag C-16/98 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. Saml. 2000 I-08315

Forenede sager C-223/99 og C-260/99 Agorà Srl og Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mod Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano og Ciftat Soc. coop. arl. Saml. 2001 I-03605

Sag C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne. Saml. 2002 I-07213

Sag C-373/00 Adolf Truley GmbH mod Bestattung Wien GmbH. Saml. 2003 I-01931

Sag C-26/03 Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Saml. 2005 I-00001

Sag C-458/03 Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG. Saml. 2005 I-08585

Sag C-507/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Irland. Saml. 2007 I-09777

Sag C-324/07 Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle og Région de Bruxelles-Capitale. Saml. 2008 I-08457

Sag C-423/07 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien. Saml. 2010 I-03429

Sag C-536/07 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod
 Forbundsrepublikken Tyskland. Saml. 2009 I-10355

Forenede sager C-145/08 og C-149/08 Club Hotel Loutraki AE m.fl. mod Ethnico
 Symvoulia Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias (C-145/08) og Aktor
 Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) mod Ethnico Symvoulia
 Radiotileorasis (C-149/08). Saml. 2010 I-04165

Sag C-376/08 Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano.
 Saml. 2009 I-12169

Sag C-226/09 Europa-Kommissionen mod Irland. Ennå ikke publisert

Sag C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie. Ennå
 ikke publisert

7.4 Klagenemda for offentlige anskaffelser

KOFA-sak 2003/119 Gaular kommune mot Harald Kapstad AS

KOFA-sak 2003/128 Avinor mot Q-Free

KOFA-sak 2003/146 Alvdal kommune mot Jan Inge Gjermundshaug AS

KOFA-sak 2003/243 Stryn kommune mot Sico Data AS

KOFA-sak 2003/267 Åsnes kommune mot ITT Flygt AS

KOFA-sak 2004/45 Finnmark fylkeskommune mot Akademiet for IT-opplæring

KOFA-sak 2004/129 Røyken kommune mot ITT Flygt AS

KOFA-sak 2004/184 Rikstrygdeverket/ LIS mot Legemiddelindustriforeningen

KOFA-sak 2004/189 Nome kommune mot Hjøllnes Cowi AS

KOFA-sak 2004/206 Direktoratet for naturforvaltning mot Naturtjenester AS

KOFA-sak 2005/90 Lørenskog kommune mot Megkom AS

KOFA-sak 2005/184 Vitensenteret Innlandet AS mot Expology AS

KOFA-sak 2005/185 Stavanger kommune mot Barnebygg Gruppen AS

KOFA-sak 2005/243 Selbu kommune mot Veidekke Entreprenør AS

KOFA-sak 2005/311 Nore og Uvdal kommune mot WaterCare AS

KOFA-sak 2006/53 Årdal kommune mot Fokus Bank ASA

KOFA-sak 2007/20 NAV Rogaland/ Haugesund kommune mot Haugli Eiendom AS

KOFA-sak 2007/21 Helse Nord RHF mot Sensus AS

KOFA-sak 2007/26 Kollektivtransportproduksjon AS mot Signex AS

KOFA-sak 2007/111 Stranda kommune mot Tenden Container og Gjenvinning AS/
Miljøkvalitet AS

KOFA-sak 2007/124 Herøy kommune mot S-Flis AS

KOFA-sak 2007/130 Sarpsborg kommune mot ProDok Xerox Partner AS

KOFA-sak 2008/39 Ringsaker kommune mot Nordsveen Eiendom m.fl.

KOFA-sak 2009/1 Askøy kommune mot Demokratene Askøy

KOFA-sak 2009/27 Oslo kommune mot Lønheim Entreprenør AS

KOFA-sak 2009/230 Politiets data- og materielltjeneste mot DigiPlex Norway AS

KOFA-sak 2010/336 Helse Nord RHF mot Stiftelsen Valsnesfjord Helsesportsenter og
Salangen HelseRehab

KOFA-sak 2011/161 Ålesund kommune mot Elin Rødstøl

